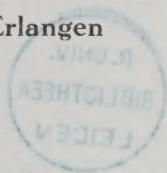


Die Grenzen der Zulässigkeit der sogenannten Alleinstellungswerbung

Inaugural-Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
zu Erlangen



vorgelegt von
Günter Joetze
aus Bad Reichenhall

Referent: Professor Dr. Schnorr von Carolsfeld

Dekan: Professor Dr. Hubmann



**Veröffentlicht im Januar 1962
als Band 5 der Berliner Juristischen Abhandlungen
Verlag Duncker & Humblot, Berlin**

Inhaltsverzeichnis

Erster Hauptteil: Allgemeines

Kap. 1: Die Aufgabe	13
I. Die Uneinigkeit in der Beurteilung S. 13 — II. Die unklare Terminologie S. 14 — III. Grundeinstellung S. 14 — IV. Grenzen der Untersuchung S. 15	
Kap. 2: Die Begriffe Alleinstellungs-Werbung, -reklame, -behauptung, -urteil	16
I. Rechts- und systematischer Begriff S. 16 — II. Begriff der Werbung S. 16 — III. Behauptungen und Werturteile S. 17 — IV. Der Begriff der Alleinstellung S. 18 — V. Seine Abgrenzung vom Begriff der Übertreibung S. 19 — VI. Verhältnis von Komparativ und Superlativ zur Alleinstellung S. 19	
Kap. 3: Die geschützten Rechtsgüter	20
I. Methodologische Vorbemerkung S. 20 — II. Zusammenhang zwischen Schutzgegenstand und Inhalt des Sittenbegriffes S. 24 — III. Identität der geschützten Rechtsgüter im allgemeinen Wettbewerbsrecht und im Werberecht? S. 25 — IV. Die Persönlichkeit des Unternehmers? S. 25 — V. Das Unternehmen S. 26 — VI. Interesse an wahrheitsgemäßer Unterrichtung S. 26 — VII. Geschützte Kulturgüter S. 27 — VIII. Abweichende Ansichten S. 27	
Kap. 4: Die Kriterien der Sittenwidrigkeit	29
I. Vorbemerkungen S. 29 — II. Leistungswettbewerb S. 31 — III. Kritik S. 32 — IV. Behinderungswettbewerb? S. 35 — V. Die Theorie vom Leistungswettbewerb und die Alleinstellung S. 35 — VI. Die Anschauung Lobes S. 36 — VII. Stellungnahme S. 36	
Kap. 5: Die Feststellung der Sittenwidrigkeit durch den Richter	39
I. Materiellrechtliche Seite S. 39 — II. Prozeßrechtliche Seite S. 42 — III. Insbesondere: die Wettbewerbsregeln S. 43	
Kap. 6: Was wirkt als Alleinstellung — wie stellt man das fest?	49
I. Die Maßstäbe S. 49 — II. Verfahren bei der Feststellung S. 50 — III. Beispiele S. 52	
Kap. 7: Das alte Werberecht vor der neuen Gesellschaftsstruktur	57
I. Heutige soziologische Funktion der Reklame S. 57 — II. Mittel der heutigen Reklame S. 59 — III. Macht der heutigen Reklame S. 60 — IV. Insbesondere: die Alleinstellungsreklame S. 61	

Zweiter Hauptteil: Die verbotene Alleinstellungswerbung

A. Die Alleinstellungswerbung als Eingriff in absolute Rechte

Kap. 8: Die vergleichende Werbung; Allgemeines	62
I. Grundsatz S. 62 — II. Bisherige Begründungen S. 62 — III. Eigene Begründung S. 64	
Kap. 9: Die vergleichende Werbung, Einzelheiten	68
I. Terminologie S. 68 — II. Taugliche Verletzungshandlung S. 68 — III. Die Rechtswidrigkeit des Angriffs als Rechtspflichtmerkmal S. 69 — IV. Wettbewerbsverhältnis S. 73 — V. Verletztes Rechtsgut bei der Anwendung des § 1 UWG S. 74 — VI. Anspruchskonkurrenz S. 75 — VII. Behauptungs- und Beweislast S. 75 — VIII. Aktivlegitimation S. 75	
Kap. 10: Die Anwendung auf die Alleinstellungswerbung	76
I. Grundsätzliches Verhältnis S. 76 — II. Vergleichsverbot und Alleinstellungswerbung in der Rechtsprechung bis 1945 S. 77 — III. Heutiger Stand der Rechtsprechung S. 78	
Kap. 11: Die Formen der Bezugnahme in der vergleichenden Alleinstellungswerbung	79
I. Eindeutige Bezugnahme S. 79 — II. Versteckte Bezugnahme S. 79	
Kap. 12: Alleinstellungsvergleiche ohne aggressiven Charakter	84
I. Systemvergleich S. 84 — II. Übrige Fälle; Allgemeines S. 85 — III. Rechtsgrund der Ausnahme: keine Verletzung eines fremden good will S. 86 — IV. Einzelmerkmale der Vergleiche ohne Aggressivität S. 87 — V. Gewohnheitsrecht als Rechtsgrund für die Ausnahmen? S. 88	
Kap. 13: Die Alleinstellungsbehauptung als Verstoß gegen § 14 UWG ..	88
I. Allgemeines S. 88 — II. Bedeutung des § 14 UWG für die Alleinstellungswerbungen S. 89 — III. Beispiele S. 89	

B. „Gesinnungsethisch“ begründbare Verbote der Alleinstellungswerbung

Kap. 14: Die unrichtige Alleinstellungsbehauptung; Allgemeines	91
I. Vorbemerkungen und Terminologie S. 91 — II. Die geschützten Rechtsgüter S. 91 — III. Gesinnungsethik oder Verantwortungsethik? S. 92 — IV. Kurze Übersicht der einzelnen Tatbestandmerkmale des § 3 UWG S. 92 — V. Die Tatbestandsmerkmale bei der Verletzung des § 1 UWG durch unrichtige Einzelbehauptungen S. 93 — VI. Prozeßrechtliche Bemerkungen S. 94	
Kap. 15: Gegenstand des Verbots: die „Angabe“ oder „Behauptung“ ..	95
I. Abgrenzung des Begriffs S. 95 — II. Insbesondere: Behauptung und Wertung S. 96	

Kap. 16: Die Anforderungen an die Richtigkeit der Alleinstellungsbehauptung	96
I. Allgemeines; Maßstäbe S. 96 — II. Einzelheiten zur Richtigkeitsprüfung S. 97 — III. Maßstäbe der Richtigkeit in räumlicher Hinsicht S. 100 — IV. Zusammenfassung S. 101	

Kap. 17: Alleinstellungsbehauptungen von schwacher Werbewirkung ..	101
I. Übertreibung S. 102 — II. Der Scherz S. 103	

C. Die „verantwortungsethisch“ begründbaren Verbote der Alleinstellungswerbung

<i>Erster Teil: Das praktische Bedürfnis nach einem solchen Verbot</i>	104
--	-----

Kap. 18: Die Beweisschwierigkeiten gegenüber vermutlich unrichtigen Alleinstellungsbehauptungen	104
--	-----

Kap. 19: Der erste Lösungsversuch: Die vom Beklagten gemäß § 286 ZPO geforderte Mithilfe am Beweis	106
---	-----

 I. Bisherige Behandlung der Frage S. 106 — II. Rechtspflicht zur Aufklärung S. 107 — III. Lücken des Ergebnisses S. 109

Kap. 20: Der zweite Lösungsversuch: Die Anwendung der Rechtsprechung zur sachlich-rechtlichen Auskunftspflicht aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben	109
--	-----

 I. Problemstellung S. 109 — II. Komplementäre Natur dieser Aufklärungspflicht S. 109 — III. Die Rechtsprechung zur komplementären Natur der Aufklärungspflicht S. 110 — IV. Ergebnis S. 110

Kap. 21: Der dritte Lösungsversuch: Sittenwidrigkeit der „unter Ausnutzung der Beweisschwierigkeiten des Gegners“ behaupteten Alleinstellung	111
---	-----

 I. Die Problemstellung S. 111 — II. Stellungnahme S. 111

Kap. 22: Der vierte und fünfte Lösungsversuch: Überbürdung der Beweislast für die Richtigkeit der Alleinstellungsbehauptung auf den Werbenden? Vermutung für die Unrichtigkeit der Behauptung?	112
--	-----

 I. Beweislast S. 112 — II. Vermutung S. 113

Kap. 23: Zusammenfassung	114
---------------------------------------	-----

<i>Zweiter Teil: Die Durchführung des Verbotes</i>	114
--	-----

Kap. 24: Die Beweislast und das Prinzip des Einstehens für die Erweislichkeit einer Tatsache	114
---	-----

 I. Der Unterschied S. 114 — II. Die Beweislast innerhalb der Rechtsnormen S. 115 — III. Materielle Einstandspflicht für die Erweislichkeit S. 115 — IV. Übrige Mittel S. 116

Kap. 25: Ethische Grundlegung — Die Verantwortung für die Erweislichkeit und die individuelle Wahrhaftigkeit	117
---	-----

I. Vorbemerkung zur Methode S. 117 — II. Individualethik und Sozial- ethik S. 117 — III. Verantwortungsethik S. 118 — IV. Insbesondere: Macht und Verantwortung S. 120 — V. Verantwortungsethische Er- wägungen in der bisherigen Rechtsprechung S. 121	
<i>Kap. 26:</i> Die besondere Gefährlichkeit der Alleinstellungsreklame	122
I. Die Gefährlichkeit der Alleinstellungswerbung in Bezug auf den Umworbenen S. 112 — II. In Bezug auf allgemeine Belange S. 123	
<i>Kap. 27:</i> Die unkontrollierbare Wirkung der Alleinstellungsreklame ..	125
I. Grundsatz S. 125 — II. Beispiele im geltenden Recht: § 330 a StGB S. 125	
<i>Kap. 28:</i> Gesinnungsethische Ergänzung	126
I. Unterstützende gesinnungsethische Gesichtspunkte S. 126 — II. Bis- herige Andeutung des Ergebnisses in der Literatur S. 127	
<i>Kap. 29:</i> Die Durchführung der Theorie	127
I. Die Offenbarung der Bemessungsgrundlagen als Obliegenheiten S. 127 — II. Die Tathandlung S. 129 — III. Natur der Tathandlung S. 130 — IV. Rechtswidrigkeit der Tathandlung S. 131 — V. Die Schuld S. 132 — VI. Prozeßrechtliche Bemerkungen S. 132	
<i>Kap. 30:</i> Das Verbot der unsittlichen Marktschreierei	133
I. Bisherige Behandlung der Frage S. 133 — II. Stellungnahme S. 134 — III. Einzeldurchführung S. 135	
Dritter Hauptteil: Rechtfertigungsgründe	
<i>Kap. 31:</i> Grenzen und Einteilung der Untersuchung	139
I. Grenzen S. 139 — II. Einteilung S. 140	
<i>Kap. 32:</i> Methodische Vorfrage	140
I. Einheitliche Methode? S. 140 — II. Welche Methode? S. 140	
<i>Kap. 33:</i> Systematische Vorfrage: Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrig- keit und Rechtfertigungsgrund bei den auf der Sittenordnung auf- bauenden Generalklauseln	142
I. Das Problem S. 142 — II. Bisherige Antworten S. 142 — III. Stel- lungnahme S. 143	
<i>Kap. 34:</i> Die Notwehr und Nothilfe	145
I. „Notwehr“ oder „Abwehr“? S. 145 — II. Einzelheiten S. 147	
<i>Kap. 35:</i> Der Gedanke des rechten Mittels zum übergeordneten Zweck ..	153
I. Wesen und Konstruktion dieses Rechtfertigungsgrundes S. 153 — II. Terminologie S. 154 — III. Bisherige Systematik S. 154 — IV. All- gemeine Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes S. 155 — V. Ein- zelfälle S. 153 — VI. Äußerungen von Nichtkaufleuten S. 163	
Literaturverzeichnis	164

Abkürzungsverzeichnis

AcP	= Archiv für civilistische Praxis
BB	= Zeitschrift „Der Betriebs-Berater“
BGHSt	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
B—H	= Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht
BayVGHE NF	= Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs usw., Neue Folge
DB	= Zeitschrift „Der Betrieb“
DW	= Der Wettbewerb. Mitteilungen der Zentrale zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs e. V.
Enneccerus-L	= Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse
Enneccerus-N	= Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des BGB
vG—H	= v. Godin-Hoth, Kommentar zum Wettbewerbsrecht
Gruchot	= Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts
GRUR	= Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
JR	= Juristische Rundschau
JW	= Juristische Wochenschrift
JZ	= Juristenzeitung
Kohler	= Kohler, Der unlautere Wettbewerb
LK	= Leipziger Kommentar zum StGB
MA	= Zeitschrift „Der Markenartikel“
MuW	= Zeitschrift „Markenschutz und Wettbewerb“
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
ÖJZ	= Österreichische Juristenzeitung
RGSt	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
SJZ	= Süddeutsche Juristenzeitung
D. Reimer	= Dietrich Reimer, Persönliche und vergleichende Werbung in der deutschen und französischen Rechtsprechung
Reimer	= Eduard Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht
Rosenthal	= Rosenthal, Wettbewerbsgesetz, Kommentar
Tetzner	= Tetzner, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
RGRK	= Reichsgerichtsrätekomentar zum BGB
WRP	= Zeitschrift „Wettbewerb in Recht und Praxis“
WuW	= Zeitschrift „Wirtschaft und Wettbewerb“
WuWE	= WuW-Entscheidungssammlung für das Kartellrecht
ZakDR	= Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
Zentrale	= Zentrale zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs e. V.
ZfGesGenW	= Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen
ZfHR	= Zeitschrift für Handelsrecht
ZStW	= Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZZP	= Zeitschrift für Zivilprozeß



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Erster Hauptteil

Allgemeines

Kap. 1: Die Aufgabe

I. Die Uneinigkeit in der Beurteilung. Die „Superlativrekla~~m~~e“ oder „Alleinstellungswerbung“ (zum Sprachgebrauch werden wir noch Stellung zu nehmen haben) ist eine der am häufigsten beanstandeten Werbemethoden. Sie gehört auch rechtlich zu den umstrittensten. Manche wollen sie völlig aus dem Werbeleben verbannen¹. Sicher ist die Mehrzahl der Schriftsteller der Auffassung, sie solle möglichst eingeschränkt werden. Vor allem Droste² hat die Auffassung vertreten, daß an die „Superlativwerbung“ ein scharfer Maßstab angelegt werden müsse; als ungefäh~~r~~liche „Marktschreierei“ sei sie in der Regel nicht anzusehen. Diesen Standpunkt ergänzt er³ durch den Hinweis, daß die Superlativrekla~~m~~e meist auch als Vergleich unzulässig sein werde. Andere, z. B. Burhenne⁴ sind diesem strengen Standpunkt⁵ entgegengetreten. Tetzner⁶ meint, ein allzu strenges Eingreifen nehme der Werbung ein starkes Ausdrucksmittel; außerdem werde übersehen, daß jeder Kaufmann mit seiner Werbung subjektiv urteile und die Konsumentenmassen überzeugen müsse. Gerade bei der psychologischen Reizunempfindlichkeit des modernen Menschen müsse die Werbung sich starker Eindrücke bedienen. In jüngster Zeit hat v. Rützen-Kositzkau⁷ eine Lanze für die Superlativrekla~~m~~e gebrochen. Die Anwendung der Rechtsprechung über die vergleichende Werbung lehnt er ab, in der Frage, ob die Behauptung einer Alleinstellung vorliege, muß seiner Ansicht nach milder geurteilt werden. Tetzner hingegen hat seine oben beschriebene milde Auffassung später⁸ weitgehend revidiert und dabei neue Gedanken zur Sittenwidrigkeit von Alleinstellungsbehauptungen entwickelt. Auch Bundesminister

¹ z. B. unbek. Verf. in BB 55, 431; bis 1945 die Richtlinien des Werberates der deutschen Wirtschaft, Abschn. II, 6 der 2. Bekanntmachung vom 1. 11. 1933 (RAnz Nr. 256).

² DB 54, 736 ff.

³ In GRUR 53, 16 ff.

⁴ NJW 51, 249 ff. (unter Berufung auf das Grundrecht der Meinungsfreiheit).

⁵ Der auch von Sonderland, BB 53, 958 ff., geteilt wird.

⁶ JZ 53, 205 ff.

⁷ ÖJZ 56, 589 ff.

⁸ NJW 56, 1900 ff.

Schäffer hat sich⁹ mit der „Problematik der Frage“ beschäftigt, wenn er auch die bisherige Regelung der deutschen Praxis für brauchbar hält.

In der Rechtsprechung stehen sich Urteile wie das des OLG Düsseldorf¹⁰, nach dem überhaupt keine Alleinstellungswerbung mehr möglich wäre, und das des OLG Hamburg vom 19. 1. 55¹¹ gegenüber.

II. Ähnliche *Unklarheit* herrscht in der *Terminologie*. Ein Teil der einschlägigen Literatur und Rechtsprechung bezeichnet als „Superlativwerbung“ alles, was einen Superlativ (im Sinne der Grammatik) enthält¹². Andere wollen diesen Ausdruck für jede Behauptung einer besonders großen Leistung verwenden¹³. Dritte reservieren das Wort für Behauptungen einer einzig dastehenden Leistung, verwenden es also gleichbedeutend mit dem eigentlichen Begriff der „Alleinstellungswerbung“¹⁴. Dieses Wort wiederum muß anderen als Ersatz für den Ausdruck „Superlativreklame“ in allen oben gezeigten Schattierungen dienen.

III. *Grundeinstellung*. Die gegenwärtige Arbeit will zur Lösung dieser terminologischen und dogmatischen Schwierigkeiten beitragen. Dies geschieht, indem sie das ganze Gebiet monographisch darstellt.

1. Die dabei verfolgte praktisch-werbewirtschaftliche Grundeinstellung des Verfassers ergibt sich aus den folgenden beiden Arbeitshypothesen:

a) Superlativ — grammatisch gesehen — und Alleinstellungsbehauptung — von der Bedeutung her gesehen — sind wirksame Werbemittel, die der Wirtschaft grundsätzlich erhalten bleiben sollen. Ihre — oft gewünschte — Ausrottung würde eine Verflachung des Werbelebens bedeuten.

b) Das Unbehagen am Superlativ stammt vor allem aus seiner Unkontrollierbarkeit; gelänge es, den Alleinstellungswerbenden zu zwingen, jederzeit selbst für die Richtigkeit seiner Behauptung einzustehen, würden sehr rasch nur noch diejenigen Werbeformen übrigbleiben, die im Sinne der These a) schutzwürdig sind.

⁹ In einem Aufsatz „Unlautere Werbung im Gemeinsamen Markt“, in GRUR/AIT 60, 285 ff., (287).

¹⁰ Unten, Beispiel 42.

¹¹ WRP 55, 151: „Superlative können nicht schlechthin aus der Werbung verbannt werden. Sie enthalten nicht stets eine unzulässige Alleinstellung.“

¹² So Sonderland, a. a. O.

¹³ So v. Rützen-Kositzkau, a. a. O.

¹⁴ Ganz besonders deutlich Arras, NJW 54, 1910 ff., der gleichzeitig den Fall der ganz „besonderen Hervorhebung“ einbeziehen will, also etwas, was seiner Meinung nach noch vor der Alleinstellung liegt („bis hin zur Alleinstellung“). Ferner: Tetzner, NJW 56, 1900 und JZ 54, 330, Droste, DB 54, 736 ff., der freilich zumeist nur von echten Superlativen spricht, seine Ansicht aber durch einen Satz auf S. 738 („als Superlative sind solche Behauptungen... nicht zu werten...“) zu erkennen gibt — es war dabei von Slogans wie „das Haus der guten Qualität“ die Rede.

Diesen beiden praktischen Erfordernissen soll die hier entwickelte Theorie von der „unfundierten Alleinstellung“¹⁵ entsprechen, indem sie die Alleinstellung leicht kontrollierbar macht. So war es möglich, andere über Gebühr beanspruchte dogmatische Figuren wieder auf ihren ursprünglichen Sinn zurückzuführen, um eine als unfundiert erahnte Alleinstellung bekämpfen zu können. Namentlich die Rechtsprechung zum Vergleich¹⁶ ist hier oft zu weit gegangen.

2. a) Der Anwendungsbereich der Generalklausel des § 823 Abs. 1 BGB droht, insbesondere durch die Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts, der der Verfasser zustimmt und für dessen Reflex im Wirtschaftsleben er den sogenannten *good will* hält¹⁷, grenzenlos zu werden. Zur Begrenzung kann der vorsichtig angewandte¹⁸ Gedanke der sozialen Adäquanz dienen¹⁹. Dieser liefert keinen neuen Rechtfertigungsgrund, sondern ist ein Rechtspflichtmerkmal²⁰.

b) Die zweite in Betracht kommende Generalklausel, die des § 1 UWG, schützt nicht die Persönlichkeit des Unternehmers unmittelbar, sondern sein Unternehmen als verobjektiviertes Geistesgut, daneben aber auch Kulturwerte der Allgemeinheit²¹. Einheitskriterien für ihre Auslegung (Leistungswettbewerb usw.) sind abzulehnen²²; Rückgriffe auf Gedankengänge wissenschaftlich geformter Sozialethik sind als sublimierter Ausdruck der allein maßgebenden allgemeinen Sittenanschauung²³ zulässig²⁴. Dabei erweist sich der Gedanke der Verantwortungsethik als Ergänzung der bisher in der Rechtsprechung allein herrschenden „gesinnungsethischen“ Denkweise als fruchtbar²⁵.

IV. *Grenzen der Untersuchung.* Die Arbeit befaßt sich nur mit den allgemeinen Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit der Alleinstellungswerbung; sie vernachlässigt die Voraussetzungen der Ansprüche, die aus deren Rechtswidrigkeit folgen. Auch Ausnahmetatbestände, die an der Rechtswidrigkeit nichts ändern, einen Anspruch aber ausnahmsweise vernichten (Verwirkung, Verjährung) gehören nicht hierher.

¹⁵ Unten, Kap. 24—29.

¹⁶ Etwa Beispiele 42, 55.

¹⁷ Vgl. unten, Kap. 8, III, 2.

¹⁸ Unten, Kap. 9, IV.

¹⁹ Vgl. ebendort.

²⁰ Vgl. Kap. 9, IV, 2.

²¹ Vgl. Kap. 3, V. und 3, VII.

²² Vgl. Kap. 4.

²³ Vgl. Kap. 4, VII.

²⁴ Kap. 25, I.

²⁵ Kap. 25.

Kap. 2: Die Begriffe Alleinstellungs-Werbung, -reklame, -behauptung, -urteil

I. *Rechts- und systematischer Begriff.* Die in der Überschrift genannten Worte bezeichnen systematische Begriffe, keine Rechtsbegriffe. Sie dienen nur der Durchdringung und Darstellung des Stoffes. Der Gegensatz dazu ist der Rechtsbegriff²⁶, d. i. der in den geltenden Rechtssätzen enthaltene Begriff. Gesetzesworte können nur durch den Gesetzgeber selbst definiert werden; soweit die Rechtsprechung²⁷ und die Rechtswissenschaft hier „definiert“, handelt es sich im Sinne der modernen Logistik um „Zeichenerklärung“²⁸. Mit einem Rechtsbegriffe werden es die folgenden Ausführungen bei der „Ankündigung“ des § 3 UWG zu tun haben; sie werden ihren systematischen Begriff der „Reklame“ bewußt diesem Rechtsbegriffe gleichschalten; auf diesem Wege wird, was dort Zeichenerklärung ist, hier zum Bestandteil der Definition.

Im übrigen ist die Definition frei, weil die systematischen Begriffe nur Konventionen sind. Ihre Schranken werden von der Zweckmäßigkeit bestimmt²⁹. Deshalb muß ein bestehender Sprachgebrauch soweit als möglich berücksichtigt werden; ein wissenschaftlicher Sondersprachgebrauch wird aber außer acht bleiben müssen, wo er die sprachlichen Ausdrucksmittel zum Schaden der Systematik verkürzt.

II. *Begriff der Werbung.* Mit B-H³⁰ unterscheiden wir Werbung im weiteren und im engeren Sinne.

1. Erstere ist (wieder nach B-H) „jede an eine andere Person gerichtete geschäftliche Anpreisung, mag sie öffentlich geschehen oder unter vier Augen“³⁰. Diese Definition des Oberbegriffes ist nicht vollständig; die Anpreisung muß auch das Ziel verfolgen, den Absatz des Unternehmens mittelbar oder unmittelbar zu fördern. Diejenige Tätigkeit, welche sich allgemein um Vertrauen in der Öffentlichkeit bemüht, ohne unmittelbar den Absatzförderung zu dienen, („public relations“), kann ebenso wirksam und gefährlich sein wie die Konsumwerbung. „Anpreisung“ ist freilich nicht final zu verstehen; es genügt jeder Hinweis, der geeignet ist, den Umsatz zu erhöhen. Werbung im Rechtssinne muß nicht

²⁶ Terminologie in Übereinstimmung mit Ehrlich, AcP 115, 125 ff., (386 f.).

²⁷ Etwa den Begriff der „Eisenbahn“ (§ 1 RHftPfG) durch das RG v. 17. 3. 1879, RGZ 1, 247 ff. (252).

²⁸ Vgl. Dubislav, Die Definition, 3. Aufl., Leipzig 1931, Klug, Juristische Logik, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1951, S. 90 und 95.

²⁹ sog. „explizite Definitionen“, vgl. Klug, a. a. O., S. 91, und die dort genannte philosophische Literatur, insbes. Carnap, Logische Syntax der Sprache, Wien 1934, S. 22, ferner Rümelin, Juristische Logik, S. 12 f. In Hinsicht auf die Begrenzung durch Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit übereinstimmend: Schnorr v. Carolsfeld, 3. f. GesGenW 59, S. 53 ff. (aber: „gedachte Ordnungsbegriffe“).

³⁰ Übersicht 1 vor § 3 UWG.

planmäßig betrieben werden³¹. Dieser Begriff der Werbung darf im Rahmen dieser Darstellung nur da verwendet werden, wo die Alleinstellung als Vergleich betrachtet wird. Denn der Vergleich ist unerlaubt als Verstoß gegen die §§ 1 UWG und 826 BGB sowie als Eingriff in den Gewerbebetrieb (§ 823 Abs. 1 BGB). Die genannten Vorschriften setzen keine öffentliche Begehung der Tathandlung voraus. Hier wird also unter Werbung jede, auch die geheime, Anpreisung verstanden.

2. Soweit die Alleinstellung in dieser Arbeit

als unrichtige Werbung (§ 3 UWG)

als unfundierte Werbung (§ 1 UWG)

als sittenwidrige Marktschreierei (§ 1 UWG)

geprüft wird, ist der engere Begriff der Werbung anzuwenden. Dies ist eine geschäftliche Anpreisung mit den oben bezeichneten Merkmalen, *die sich an einen größeren Personenkreis richtet*³². Gleichbedeutend ist das Wort „Reklame“³³; „Reklame“ ist also ein Unterfall der Werbung. Dem entspricht der Sprachgebrauch³⁴.

Im folgenden wird daher von Alleinstellungswerbung überall da gesprochen, wo auch ein verschwiegener Hinweis des Verkäufers genügt. Alleinstellungsreklame ist dagegen die öffentliche Werbung. Dieser Sprachgebrauch ist auch logisch korrekt; Werbung ist der Oberbegriff zu Reklame, nicht etwa der entgegengesetzte Unterbegriff. Dies wäre die Werbung vor einem geschlossenen Personenkreis.

3. Der Begriff der Werbung im engeren Sinne (ist gleich Reklame) ist bisher vor allem im Rahmen des § 3 UWG praktisch geworden. Es ist daher zweckmäßig, die dort gegebene Deutung für die Zwecke der Definition zu übernehmen. Öffentlich ist eine Werbung dann, wenn sie durch „Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind“ (§ 3 UWG) erfolgt.

III. Behauptungen und Werturteile. Nach ihrem Sinn unterteilen sich die Werbungen in wertende und behauptende; dementsprechend kommen Alleinstellungsbehauptungen und AlleinstellungsWerturteile vor.

³¹ So allerdings die werbewissenschaftliche Literatur für ihren Begriff, der von anderen Darstellungszwecken ausgeht, vgl. Hundhausen, Wesen und Formen der Werbung, Essen 1954, S. 42.

³² B—H, a. a. O.

³³ Kohler, S. 153, Lobe, MuW 16, 129 Mataja, die Reklame, 1926, S. 14, unbek. Verf. in „Die Reklame“, Jg. 1927, 347, Hundhausen, Wesen und Formen der Werbung, S. 42.

³⁴ Allerdings nicht dem der Werbefachleute und der Absatzkundler; sie glauben aus dem Worte „Reklame“ einen abschätzigen Unterton herauszuhören und verwenden es nur für „Marktschreierei“, vgl. Hundhausen, a. a. O. Diesen Beigeschmack hat das Wort im allgemeinen Sprachgebrauch aber noch nicht oder jedenfalls nicht mehr als das Wort „Werbung“ überhaupt.

1. Alleinstellungsbehauptungen sind Anpreisungen, deren Inhalt mit Mitteln rationeller Erkenntnis nachprüfbar sind. Dies gilt auch dann, wenn nur die Grundlagen des Werbesatzes als Tatsachen nachprüfbar sind, während der gezogene Schluß eine Wertung darstellt. Dies sind Werbebehauptungen mit normativem Einschlag, aber noch keine Werturteile. Behauptungen nennen wir demnach alle Anpreisungen, die nicht ein *reines* Werturteil ohne jede tatsächliche Nachprüfbarkeit bedeuten (vgl. aus Beisp. 2: „der Volkswagen kommt dem Ideal des zuverlässigen und komfortablen Gebrauchswagens am nächsten“). Ein normatives Element anderer Art ist die Bezugnahme auf den Mitbewerber. Hier liegt die Wertung in dem Hinweis, die eigene Leistung sei größer. Wegen der Einzelheiten wird auf Kap. 13, II, 1 verwiesen.

2. Das ausschließliche *Werturteil* liegt vor, wenn die Werbung durch objektive Wertung überhaupt nicht nachprüfbar ist. Deshalb ist sie nicht stets erlaubt, wie weitgehend angenommen wird. Sie kann bei hinreichend deutlicher Bezugnahme gegen das Vergleichsverbot verstoßen. Ferner kann die *Art* des Urteilens sittenwidrig sein.

IV. *Alleinstellungswerbung* treibt, wer vom Publikum dahin verstanden wird, sein Unternehmen habe Eigenschaften (im folgenden: Unternehmenskennzeichnungen), die allen vergleichbaren Unternehmen fehlen oder dahin, seine Leistungen seien in bestimmter Hinsicht allen vergleichbaren gewerblichen Leistungen überlegen³⁵. Es kommt also nur auf den Eindruck des Publikums („Werbewirkung“) an³⁶.

Es muß nicht unbedingt eine Überlegenheit vor *allen* anderen herausgelesen werden. Wer behaupten sollte

Beispiel 1:

„nur in Steinhagen wird der echte Steinhäger gebrannt“, nimmt damit eine Alleinstellung für eine ganze Industrie in Anspruch. Von einer Alleinstellungswerbung wird man allenfalls dann nicht mehr sprechen können, wenn der Kreis der „Monopolisten“ allzu groß geworden ist, so in

³⁵ B—H, Randnote 26 zu § 3 UWG, definieren: „daß keine gleichwertige Ware oder Leistung außer der seinen vorhanden sei“. Reimer (S. 554) gebraucht den Begriff nicht, er widmet der „Superlativrekla­me“ rein phänomenologisch-grammatische Betrachtungen von einer halben Druckseite; wenig überzeugend ist die Definition von Arras (a. a. O.): „Superlativrekla­me“ sie liege vor, wenn eine Ware in ganz besonderer Weise hervorgehoben oder herausgestellt werden soll *bis hin zur Alleinstellung*.“ Offenbar sind neben der „normalen“ und der Alleinstellungswerbung alle jene Fälle gemeint, in denen ein benutzter Superlativ nur als Ankündigung einer *besonderen* Leistung verstanden wird. Für eine solche Behauptung gelten keine anderen Regeln als für andere Qualitätshinweise. Der funktionelle Unterschied beginnt erst bei der Alleinstellungswerbung. Überdies muß es sich nicht immer um Waren, es kann sich auch um andere Leistungen („Sicherste Beförderung durch die Bundesbahn“) und um Unternehmungseigenschaften („Ältestes Geschäft“) handeln.

³⁶ Vgl. hierzu unten, Kap. 6.

Beispiel 2:

„weils fürs Haar — nur beim Friseur zu haben“³⁷. Diese Behauptung ist weder für andere besonders gefährlich noch schwer beweisbar. Sondergrundsätze gegenüber anderen Ankündigungen sind also untunlich. Dagegen sind weitere Beispiele für echte Alleinstellungswerbungen, die für mehrere in Anspruch genommen werden, („solidarische Alleinstellungswerbungen“) die folgenden:

Beispiel 3:

Lange Zeit inserierten alle acht Wiener Buchmacher in den einschlägigen Zeitschriften unter der Überschrift „Wiener Buchmacher“. Dann bildeten sechs von ihnen einen eigenen Verein und inserierten in der gleichen Aufmachung weiter, nannten aber nur ihre Namen.

Der österreichische OHG³⁸ verbietet diese Art der Inserierung, weil das Publikum annehmen müsse, es handle sich um die sechs einzigen Wiener Buchmacher.

Die Überlegenheit muß sich auf die *eigene Leistung* beziehen. Dies ist aber auch dann der Fall, wenn die Alleinstellungsbehauptung von einem Einzelhändler ausgeht, der einen Markenartikel lobt³⁹; er verkauft ihn ja. Es ist nicht der Fall, wenn der Werbende nicht erkennen läßt, welcher der Waren eines dritten Erzeugers er die Alleinstellung zubilligt:

Beispiel 4:

„Billigste bis beste... Reiseschreibmaschinen durch Spezialversand NN Frankfurt“.

Die Alleinstellung kann für Leistungen oder Unternehmungseigenschaften in Anspruch genommen werden. Beispiele für letzteres bilden Werbungen wie „das größte Haus am Platze“.

V. Der so gewonnene Begriff der Alleinstellung hat mit *Übertreibung* nichts zu tun. Übertreibung im wettbewerbsrechtlichen Sinne liegt nur vor, wenn sie das Publikum erkennt. Ist dies der Fall, so scheidet eine Alleinstellung deshalb aus, weil sie nicht behauptet wird. Denn das ist nur der Fall, wenn sich eine Aussage final auf ein entsprechendes Auffassen beim Empfänger richtet. Wer erkennbar übertreibt, „behauptet“ in diesem Sinne nur das, was seiner Aussage als Kern zugrunde liegt⁴⁰.

VI. *Verhältnis von Komparativ und Superlativ zur Alleinstellung.* Der Superlativ ist nur eine Ausdrucksform der Alleinstellungswerbung. Viele Superlative wirken auf das Publikum nicht in diesem Sinne⁴¹. Deshalb kommt mit dem Begriff der „Superlativ-Reklame“ als rechtssystematischem Begriff keine echte Unterscheidung zum Ausdruck. Er ist sogar irreführend, wenn man darunter die Alleinstellung im hier

³⁷ BGH v. 26. 4. 57, GRUR 57, 491 ff.

³⁸ v. 9. 5. 56, Österr. Blätter für Gewerblichen Rechtsschutz, zitiert bei Schönherr, WRP 57, 105 f.

³⁹ Beispiel 38 (linke Tafel).

⁴⁰ Diese Unterscheidung lassen B—H in Randnoten 19 ff. zu § 3 UWG vermissen. Die dort unter dem Titel „Übertreibung“ zusammengefaßten Einzelfälle sind zum größten Teil echte Alleinstellungen.

⁴¹ Vgl. unten, Kap. 6, III, 2 b.

erörterten Sinne versteht oder mitverstehen⁴². Denn es gibt viele andere Ausdrucksformen, die auch als Alleinstellung verstanden werden können⁴³. Ebenso unbrauchbar ist der Begriff der „Komparativ-Reklame“: Der Komparativ ist in raffinierten Ausgestaltungen immer mehr zum Ausdrucksmittel für Alleinstellungen geworden⁴⁴. Deshalb kann er unter Umständen unzulässig sein, nicht, weil er ein Komparativ ist. Man sieht: „Eine Werbeangabe nach der hier enthaltenen Steigerungsform eines Adjektivs zu benennen, führt... häufig zu einer falschen tatsächlichen und rechtlichen Beurteilung der betreffenden Werbeangabe“⁴⁵.

Kap. 3: Die geschützten Rechtsgüter

I. Methodologische Vorbemerkung

1. Daß die Denkform der „geschützten Rechtsgüter“ hier verwendet wird, bedarf einer Rechtfertigung. Denn damit wird eine methodologische Entscheidung getroffen: Die Anwendung einer teleologischen Betrachtungsweise und die Abkehr von den zahlreichen anderen denkbaren Methoden der Rechtsfindung, von denen insbesondere die der Interessenjurisprudenz und der kausalen Rechtslehre zu nennen wären. Dabei muß betont werden, daß die folgenden Überlegungen stets nur für die Anwendung des § 1 UWG im Werberecht zu gelten haben⁴⁶.

⁴² Wie dies die oben in Anm. 12 bis 14 Genannten tun.

⁴³ Dafür, die unfruchtbare und gefährliche Vokabel über Bord zu werfen, spricht auch ihre Herkunft: sie stammt aus der bewissenschaftlichen und -psychologischen Literatur, die die Superlative als Kunstfehler, nicht als Rechtsverstoß verpönt. Von hier aus nahm sie ihren Weg über die Praxis des ebenfalls werbefachlich orientierten „Werberates der deutschen Wirtschaft“ und einige Aufsätze werberechtlicher Praktiker (Arras, NJW 54, 1910 ff., Droste, DB 54, 736, Sonderland, BB 53, 958 ff., Tetzner JZ 53, 205 ff. und NJW 56, 1900 ff., v. Rützen-Kositzkau, ÖJZ 56, 589 ff.) in die Rechtsprechung. Die Begriffsbildung, die von dem werbefachlichen Unbehagen am Superlativ bestimmt ist, ist also vom Erscheinungsbild, und nicht, wie notwendig, vom Zweck bestimmt. In NJW 55, 330 weist v. Rützen-Kositzkau selbst darauf hin, daß durch die Bezeichnung Superlativreklame „die Grenzen der Alleinstellung stark verwischt werden“, wenn es auf die grammatische Form ankomme, da nicht jeder Superlativ eine Alleinstellung und nicht jede Alleinstellung einen Superlativ enthalte.

⁴⁴ Vgl. dazu Kap. 6, III, 2 a.

⁴⁵ v. Rützen-Kositzkau, a. a. O. — Zur Begriffsverwirrung trägt übrigens nicht weniger die Unsitte bei, das Wort „Komparativreklame“ synonym für „vergleichende Werbung“ zu gebrauchen; hier gilt sinngemäß, was zum Superlativ in bezug auf die Alleinstellungswerbung zu sagen war: es gibt Vergleiche ohne Komparativverwendung und Komparative ohne Vergleichswirkung und es fragt sich noch sehr, ob wir es gerade in dem Falle des OLG Düsseldorf v. 5. 4. 57 (WRP 57, 179), einem Beispiel für diesen Sprachgebrauch, nicht mit einem der letzteren Fälle zu tun haben.

⁴⁶ Die gleichen Fragen werden für den anderen gesetzlichen Hauptsitz der Materie, § 823, Abs. 1 BGB, erst bei der Erörterung der Rechtfertigung auftauchen und deshalb erst dort behandelt werden (unten, Kap. 32).

2. Zuerst sei erörtert, warum wir nicht die „*kausale Rechtslehre*“ Müller-Erzbachs⁴⁷ zugrunde legen. Nach ihr wird der Rechtsatz von vielen verschiedenen Lebensfaktoren erzeugt und spätergeformt und umgeformt. Hierzu gehören vor allem die Notwendigkeit, die Machtlage⁴⁸, das Vertrauen, auch Gefühlsregungen. Diese rein tatsächlichen Faktoren des menschlichen Zusammenlebens bestimmen die Rechtsnormen unmittelbar (daher kausales Rechtsdenken), indem sie vom Gesetzgeber je nach ihrer Schutzwürdigkeit gewertet und gegeneinander abgewogen werden. Die Rechtswissenschaft hat die Lebensfaktoren, die eine Rechtsnorm erzeugen, zu finden und sich bei der Auslegung danach zu richten.

Die Lehre hat große unbestreitbare Erfolge zeitigen können. Gleichwohl hält sie der Verfasser von seinem Standpunkt aus für grundsätzlich nicht allgemein anwendbar⁴⁹, worauf es aber *hier* nicht anzukommen braucht. Mit ähnlichen anderen Bestimmungen hat nämlich § 1 UWG (und der normierte Spezialfall dieser Generalklausel, § 3 UWG) gemein, daß der Gesetzgeber nicht unmittelbar in die bestimmenden Elemente des menschlichen Zusammenlebens zurückgreift, sondern auf eine außerrechtliche Ordnung, die Sittenanschauungen der Allgemeinheit, verweist. Für diese Ordnung sind die bestimmenden Lebens Elemente im Sinne Müller-Erzbachs jedenfalls nicht allein kausal. Bei fast jeder möglichen Ansicht über das Wesen der sittlichen Normen⁵⁰ muß auf ein transzendentes Element zurückgegriffen werden: für eine religiöse An-

⁴⁷ Dargestellt in folgenden Schriften: Lassen sich das Recht und das Rechtsleben tiefer und sicherer erfassen? Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein des kausalen Rechtsdenkens; Die Rechtswissenschaft im Umbau.

⁴⁸ Ders., Die Rechtswissenschaft im Umbau, S. 48 ff.

⁴⁹ Fechner (Rechtsphilosophie, S. 92 f.) sieht in der Interessenjurisprudenz eine Auswirkung einer rein soziologischen Betrachtungsweise des Wesens des Rechtes. Dies gälte in noch stärkerem Maße von der kausalen Rechtslehre. In Wirklichkeit kommen beide Theorien nicht ohne eine Wertung der soziologischen Grundtatbestände aus. Diese Wertung ist in Wirklichkeit das Wichtigste und derjenige Teil der Theorien, der die Auslegung allein zu befruchten vermag. Durch die Überbetonung der soziologischen Grundelemente kommt freilich die Wertfrage in die Gefahr, übersehen zu werden. Dogmengeschichtlich gesehen liegt der Wert von kausalem Rechtsdenken und Interessenjurisprudenz vielleicht darin, daß nach einer Zeit der vorgeblich rein logischen Begriffsbildung, hinter der sich schon immer reine Wertungen verbargen, freigelegt wurde, daß der Jurist ohne bewußte Wertentscheidung nicht auskomme. Überdies können schon die soziologischen Grundelemente nicht unmittelbar gewertet werden, sondern nur in der *typisierten* Gestalt von „Rechtsgütern“ oder „Rechts- oder Handlungswerten.“ Denn dem Gesetzgeber, schweben keine konkreten Situationen vor, die er entscheiden will; er will den typischen Konflikt ordnen. Schon vor der Wertung ist die soziologische Einzellage also durch die menschliche Vorstellung, „überformt“, ohne daß man diesen Prozeß überhaupt umgehen kann. Er entspricht der typischen, eigengesetzlichen juristischen Denkweise. Vgl. Sauer, Juristische Methodenlehre, § 3, II, 2 a und von dort aus § 41, insbesondere Abschn. II, 8 und § 64, II, 1 d (S. 590 unten).

⁵⁰ Ausnahmen bilden die rein soziologischen und die materialistischen Auffassungen (Marxismus).

schauung auf die göttliche Weisung und das entsprechende Empfangsorgan, das menschliche Gewissen; für eine individuelle auf das Einzelgewissen, für die formale Betrachtung Kants auf das Pflichtgefühl, für die moderne Wertethik auf die Erkenntnisfähigkeit und den Willen zur Verwirklichung der Werte. Dies alles sind keine Lebenselemente im Sinne Müller-Erzbachs; sie sind mit seiner soziologischen Betrachtungsweise nicht faßbar. Die Methode der Rechtsfindung kann bei den ethisch fundierten Generalklauseln nur darin bestehen, den Sittengesetzen selbst nachzuspüren⁵¹. Eine andere Auslegung würde dem erklärten Willen des Gesetzgebers Gewalt antun.

3. Diese gegen die Lehre Müller-Erzbachs vorgebrachten Einwände haben auch gegen die Anwendung der Interessenjurisprudenz im Rahmen des § 1 UWG zu gelten⁵². Denn das „kausale Rechtsdenken“ bedeutet nur einen Ausbau und eine Verbreitung des soziologischen Grundgedankens⁵³ der Interessenjurisprudenz. Speziell im Werbewesen muß aber noch ein weiteres Bedenken bestehen⁵⁴. Denn hier sind auch allgemeine

⁵¹ Anders wäre unter dem Zwange der Notwendigkeit zu konstruieren, wenn nicht alle Wettbewerbshandlungen, die notwendigerweise verboten werden müssen, schon nach dem sittlichen Gefühl der Allgemeinheit zu unterbleiben hätten. So verhält es sich aber in Wirklichkeit nicht; obgleich häufig (vgl. unten, Anm. 88) das Gegenteil angenommen wird.

⁵² Zu dieser vergleiche: Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932, ders., Das Problem der Rechtsgewinnung, Tübingen 1932, ders., Die Interessenjurisprudenz, Tübingen 1933, Müller-Erzbach, Wohin führt die Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932, Stoll, Begründung und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz, in der Festschrift für Ph. Heck, ferner die zusammenfassende Darstellung bei Böhmer, Die Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, 2. Buch, 1. Abt., Tübingen 1951, S. 190 ff. Über die Wertmaßstäbe bei der Interessenabwägung eingehend Hubmann, AcP 155, 85 ff. Ablehnend u. a.: Müller-Erzbach, die Rechtswissenschaft im Umbau, vom inzwischen gewonnenen Standpunkt des „kusalen Rechtsdenkens“ aus, ferner Sauer, Juristische Methodenlehre, Stuttgart, 1940, S. 588 ff., Fechner, Rechtsphilosophie, Tübingen, 1956, S. 56 f., S. 2 f.

⁵³ Das Interesse im Sinne der Interessenjurisprudenz ist eine wertfrei und rein empirisch faßbare Erscheinung des menschlichen Zusammenlebens, also eine soziologische Erscheinung. Folgerichtig will Müller-Erzbach auch alle weiteren soziologischen Gegebenheiten der Auslegung dienstbar machen.

⁵⁴ Der gegenteiligen Ansicht (Anwendung der Interessenjurisprudenz auch im Wettbewerbsrecht) ist v. a. Hubmann, AcP 155, 85 ff. (87); „der Gedanke, daß der einzelne seine Interessen nicht ohne Rücksicht auf die Belange des Mitmenschen verfolgen dürfe“ (a. a. O.) ist aber mindestens nur ein Teil dessen, was der Sittenbegriff des § 1 UWG umfaßt; wichtiger ist in seinem Rahmen die Frage, wann und nach welchen Maßstäben diese Unterordnung geboten ist. Hier geht die Ethik, auch die des einfachen Menschen, andere Wege als die, welche von den Grundsätzen Hubmanns gewiesen werden. Man geht hier von der Wertung der Gesinnung und dem Begriffspaar Macht und Verantwortung aus. Die Wertung des Handelns wird spontaner, ohne dazwischengeschobene soziologische Elemente, vollzogen. Die Bewertungsgrundsätze menschlichen Verhaltens, die das Recht außerhalb der Sittenordnung zugrunde legt, sind dagegen zum Teil eher sittlich wertneutral (Absicht, Hubmann, a. a. O., S. 117, Gefährdung und Veranlassung, a. a. O., S. 119 ff.), ebenso die von Hubmann für wertneutrale Interessenkonflikte herausgearbeiteten allgemeinen Lösungs-

Rechtsgüter im Spiel, die man zwar ungenau mit dem Wort „Interesse“ umschreibt (auch diese Arbeit wird darum nicht herumkommen), die aber keine Interessen im Sinne der genannten Theorie sind. Ein Ausgleich, wie er dieser vorschwebt, ist eigentlich nur zwischen den Interessen gleichstehender Rechtsträger möglich. Überhaupt fehlt es im Werbeleben weitgehend an echten Einzelkonflikten; viele Handlungen sind schon verboten, weil sie Einzelinteressen gefährden, nicht verletzen. Verletzt wird dann stets ein allgemeines Rechtsgut. Von hier aus ergibt sich, daß es zweckmäßig ist, die im Strafrecht herrschende teleologische Betrachtungsweise anzuwenden, die von dem bezweckten Schutz einzelner Rechtsgüter durch die Normen ausgeht und fragt, welche Güter dies sein könnten⁵⁵. Strafrecht und bürgerliches Deliktsrecht berühren sich hier auch deshalb, weil das Interesse des Rechtsbrechers jeweils augenfällig unschützbar ist, so daß eine echte Abwägung gar nicht möglich ist. Diese Evidenz wird im Werberecht durch die Sittenordnung, im Strafrecht durch den Tatbestand als „vertypertes sozialetisches Unrecht“⁵⁶ hergestellt.

4. Mit den aufgezeigten Bedenken gegen die übrigen herrschenden juristischen Methodenlehren erhebt sich die Frage, wie weit bei dem nötigen Vorrang der rein sittlichen Würdigung die Berücksichtigung der geschützten Rechtsgüter noch von Wert sein kann. Allgemeine Auslegungsregel, wie für die teleologische Methode im Strafrecht, kann er hier nicht sein; die Bestimmung der Sittenwidrigkeit und die des verletzten Rechtsgutes ergänzen sich aber, wenn man nur zugeben will, daß die Vernichtung von Lebensgütern einen ethischen Handlungsunwert indiziert. Wer einen anderen schädigt, handelt grundsätzlicb böse. Wird also festgestellt, daß jemand ein Rechtsgut verletzt, so ist damit schon viel zur ethischen Einordnung seines Handelns gewonnen⁵⁷. Es ist folgerichtig,

prinzipien (a. a. O., S. 123 ff.); sie haben mit ethischen Denken, auch mit dem nüchternen Denken einer Wirtschaftsethik, nichts gemein, womit nichts über ihre rechtsbildende Kraft außerhalb der sittengebundenen Generalklauseln ausgesagt ist. Ihre Anwendung bedeutete also eine Entfernung von dem echten ethischen Gehalt des § 1 UWG. Auch die Rechtsprechung ist immer davon ausgegangen, daß die Auslegung des § 1 UWG von vorgefundenen Wertmaßstäben sozialer Gruppen, nicht aber von rechtswissenschaftlichen Kunstregeln auszugehen sei. — Auf Reimer, S. 564, verweist Hubmann in diesem Zusammenhang (Anm. 10, a. a. O.) zu Unrecht. Die Beispiele Reimers haben mit § 1 UWG nichts zu tun, sondern bilden alle Verstöße gegen absolute Rechte. — Für Interessenabwägung im Rahmen des § 826 BGB: Oertmann, Schuldrecht, 2. Aufl., Bd. 2 Anm. 2 c zu § 826 BGB; für § 1 UWG noch: Schippel, Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, München, Köln, Köln, Berlin, 1956, S. 77, Anm. 4 (unter irreführender Bezugnahme auf Hefermehl in B—H, 6. Aufl., Allg., Anm. I, 3 a und in Festschrift für Nipperdey, S. 288; in beiden Fundstellen ist von einer Interessenabwägung keine Rede.)

⁵⁵ Vgl. z. B. Hegler, ZStW 36, S. 21, Mezger, Strafrecht. Ein Lehrbuch, 2. Aufl. München und Leipzig, 1933, S. 81, mit weiteren Nachw.

⁵⁶ Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 4. Aufl., § 14, I, 1. Inzwischen hat Welzel seine Meinung geändert, vgl. 6. Aufl., S. 61.

⁵⁷ Folgender, nicht direkt in das Spezialgebiet der Untersuchung gehörender Fall mag die Wichtigkeit einer Feststellung des geschützten Rechtsgutes

daß die Auffassung darüber, welche Rechtsgüter durch die Vorschriften des Wettbewerbsrechtes geschützt seien, die Auslegung dieser Normen selbst schon immer stark beeinflußt hat⁵⁸. Noch wichtiger ist die einschränkende Wirkung der Frage nach den Rechtsgütern: eine reine Gesinnungsnorm will § 1 UWG nicht sein. Er bedient sich der Moral, um Schutzzwecke der Gemeinschaft zu verfolgen. Wenn ein an sich sittlich bedenkliches Verhalten kein Rechtsgut verletzt, kann § 1 UWG nicht eingreifen. Insoweit greift die Frage nach dem geschützten Rechtsgut über die moralischen Wertungen hinaus und korrigiert sie.

II. Zusammenhang zwischen Schutzgegenstand und Inhalt des Sittenbegriffes. Die Fragen nach dem Schutzgegenstand und nach dem Sittenbegriff des § 1 UWG berühren sich in den Ergebnissen⁵⁹. So ist die allgemeine Verschärfung in der Anwendung der Generalklausel in den Jahren von 1928 ab Hand in Hand mit dem Ausbau jener Lehre gegangen, die auch Rechtsgüter der Allgemeinheit (insbesondere das Interesse des Publikums an wahrheitsgemäßer Unterrichtung) als Schutzobjekt des Wettbewerbsrechtes angesehen hat⁶⁰. Denn nunmehr konnten Wettbewerbshandlungen, die nur das Publikum, nicht aber den Konkurrenten beeinträchtigen, als unsittlich erklärt werden⁶¹, auch wenn die Mehrzahl aller Konkurrenten das gleiche tat.

deutlich machen: nach der Meinung der „Zentrale“ in DW 57, 122 war es „widerrechtlich“, daß eine Firma während der Erörterungen um die Aufwertung der DM (Mitte 1957) ihre Auslandskunden auf solche Bestrebungen hinwies und sie aufforderte, deshalb ihre DM-Verbindlichkeiten möglichst schnell abzudecken, laufende Aufträge weiterlaufen zu lassen und auf Vorrat zu kaufen. Unternehmen der Konkurrenz sind aber hier nicht gefährdet; ob ausländische Firmen mitgeschützt sind, kann dahingestellt bleiben, denn ein Angriff gegen sie liegt nicht vor; zutreffend weist die „Zentrale“ vielmehr darauf hin, daß der einzige Gesichtspunkt, der für ein Verbot in Frage käme, der der Panikmache (vgl. die Nachweise, a. a. O.) wäre. Das ist ein sozialrechtlicher Gesichtspunkt. Geschützt ist der Wirtschaftsfrieden; aber der des Auslands? Das scheint der geltenden Rechtsordnung noch nicht zu entsprechen; die Werbung ist also unbedenklich.

⁵⁸ Vgl. gleich unten, II.

⁵⁹ Vgl. Fikentscher, S. 225: „Die Auffassung, die von einem Rechtsgut oder subjektiven Recht absieht, kann daher nur eine Scheinlösung bieten. Sie erklärt einen Schutz gegen unlauteren Wettbewerb durch die guten Sitten selbst.“ Vgl. auch unten, Kap. 4; auch der anzulegende Maßstab wird beeinflußt: vgl. v. Brunn, Festschrift für Isay, S. 181, 183, der unter anderem wegen seiner Überzeugung, nur die Interessen der Mitbewerber seien geschützt, der Ansicht ist, es käme auch nur auf deren Moralanschauungen an.

⁶⁰ RG zuerst v. 7. 12. 26, RGZ 115, 319 ff. (330); v. 24. 1. 28, RGZ 120, 47 ff. (49); KG zuerst v. 11. 12. 30, JW 31, 2037 f., (2038); RG dann für § 3 UWG: v. 30. 6. 31, MUW 31, 521 ff., (522); aus der Literatur zuerst: Reimer, GRUR 29, 1229; Isay GRUR 27, 57; im Jahre 1911 hat das RG noch den Unternehmensschutz als alleinigen Zweck des UWG bezeichnet: GRUR 1911, 276.

⁶¹ Vgl. für das Gegenteil: OGH Wien, v. 10. 4. 29, MUW 29, 401 f. (402): „ob (durch Warenunterschlebung) der Käufer geschädigt wird, ist belanglos, denn es handelt sich um den Schutz des Unternehmens.“

III. Der *Schutzgegenstand* des allgemeinen Wettbewerbsrechts ist *nicht unbedingt der gleiche* wie der des Werberechtes. Das Werberecht ist nur ein Ausschnitt des Wettbewerbsrechtes; in letzterem mögen Ergänzungen am Platze sein; dort mag es Fälle geben, in denen ausschließlich individuelle Rechtsgüter verletzt werden, ein Ergebnis, das wir im Kreise unserer Erörterungen nur einmal, nämlich beim Vergleich, haben werden. Beim Vergleich handelt es sich aber in erster Linie nicht um einen Verstoß gegen § 1 UWG.

Ebenso wie es im Wettbewerbsrecht verschiedene geschützte Rechtsgüter geben kann, muß die Antwort auch innerhalb des Werberechtes nicht notwendig gleich ausfallen.

IV. Man hat das geschützte Rechtsgut in der früher herrschenden Lehre ausschließlich in der *Persönlichkeit* jedes einzelnen Konkurrenten gesehen, der ein Recht auf ungestörte gewerbliche Betätigung habe⁶². Nerreter⁶³ spricht, in Abwandlung dieser Theorie, von einem Betätigungsrecht des einzelnen, das verletzt werde.

Gegen diese Lehre ist eingewendet worden, daß die Persönlichkeit „als Träger ideeller Güter“ nicht das Schutzobjekt des kommerziell ausgerichteten Wettbewerbsrechtes sein könne⁶⁴. Wieder andere haben bestritten, daß es ein allgemeines Persönlichkeitsrecht überhaupt gebe⁶⁵; über beide Begründungen ist der Grundgesetzgeber durch die Schaffung des Art. 2 GG hinweggegangen⁶⁶. Trotzdem wird man die Theorie vom Persönlichkeitsrecht als dem geschützten Rechtsgut ablehnen müssen. Denn

⁶² Kohler, Wettbewerbsrecht, S. 17 ff., Warenzeichenrecht, S. 64; v. Gierke, Dt. Privatrecht, Bd. I, S. 713; Rosenthal, S. 1 ff.; Osterrieth, Lehrbuch des gewerblichen Rechtsschutzes, Leipzig 1908, S. 10, ders., Festschrift für Kohler, S. 415, ders., GRUR 1916, S. 96; Lobe, Der unlautere Wettbewerb als Rechtsverletzung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und den Nebengesetzen, Leipzig 1907, S. 157, 162, 168, 205 ff., ders., GRUR 31, S. 113 und 1217, ders. in „Studien zur Förderung des Gewerblichen Rechtsschutzes, Festgabe zum 60. Geburtstage Josef Kohlers“, Berlin 1906, S. 6 ff.; Degen, GRUR 1909, 144; Wertheimer, GRUR 28, 586. Im übrigen vgl. für eine genaue Darstellung des Streitstandes Fikentscher, S. 157—159.

⁶³ Allgemeine Grundlagen eines deutschen Wettbewerbsrechts, Berlin 1936, S. 97.

⁶⁴ Callmann, S. 28.

⁶⁵ Baumbach UWG 1929, S. 125; Salinger, Gruchot 62, 295 und LZ 1919, S. 1214.

⁶⁶ Aus ihm folgert die herrschende Meinung zutreffend, daß auch im privatrechtlichen Bereich ein allgemeines Persönlichkeitsrecht anerkannt werden müsse, weil Art. 2, Abs. 1 GG ein umfassendes Persönlichkeitsrecht voraussetze und dessen Wirkungen gegenüber der Hoheitsgewalt des Staates anerkenne. So Enneccerus-N., § 78 I, 2; Nipperdey in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Berlin 1954, Bd. II, S. 37, 40; Enneccerus-L., § 233, 2 c; Staudinger-Conting, Anm. 19 ff. vor § 1 BGB; BGH v. 25. 5. 54, BGHZ 13, 334 ff. (338) und zuletzt v. 10. 5. 57, JZ 57, 751 ff.; KG. v. 3. 6. 55, NJW 56, 26 f. Auch Lorenz, NJW 55, 521 ff. und Schuldrecht, Bd. 2 § 66, c, erkennt es an, leugnet aber, daß es ein „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 BGB sei; diese Frage kann hier aber dahinstehen (vgl. dazu unten, Kap. 8, III, 3).

es gehört zum Wesen zumindest der hier erörterten werberechtlichen Verstöße, daß sie in das Recht des Konkurrenten nicht notwendig „eingreifen“. Dies ist freilich immer dann der Fall gewesen, wenn der Konkurrent einen Schaden erlitten hat. Aber auch dann handelt es sich seltener um eine „gezielte Maßnahme“, als um eine mehr zufällige Folge einer allgemeinen Vergiftung der Atmosphäre des Wettbewerbs. Fast immer, wenn gezielte Verstöße vorliegen (Boycott, Dumping, Drohung mit dem Abbruch geschäftlicher Beziehungen, üble Nachrede und, im Bereich unserer Erörterungen, beim Vergleich), wird die heutige Rechtsprechung schon mit dem Eingriff in das absolute Recht am Unternehmen helfen. Ähnlich begründet auch B-H⁶⁷ seine Ablehnung: Die Personen seien dem unlauter Werbenden meistens gleichgültig, er mache dem Konkurrenten auch nicht das Recht zur gewerblichen Betätigung streitig. Man wird auch heranziehen können, was Eberhard Schmidt zur Frage der Natur des Rechts am Unternehmen⁶⁸ gesagt hat: daß die Persönlichkeitsrechtstheorie von einem anderen Sozialmodell ausgehe, daß sie den „königlichen Kaufmann“ als beherrschende Figur des Handelslebens im Auge habe; heute verschwinde die Persönlichkeit des Einzelkaufmanns immer mehr in den anonymen Großgesellschaften.

V. Der Schutz des UWG kommt vielmehr zunächst dem *Unternehmen* als objektivierter Geistestätigkeit des (anonymen oder Einzel-) Unternehmers zugute⁶⁹. Das ist, wenn man einen Schutz der Einzelpersönlichkeit ablehnt, naheliegend. Denn in *einer* der beiden möglichen Formen (subjektiv oder objektiviert) ist ein Schutz der Konkurrenz zweifellos beabsichtigt. Deshalb haben die Konkurrenten und ihre Schutzvereinigungen u. a. die Möglichkeit der Unterlassungsklage (§ 13 Abs. 1 UWG), des Strafantrags (§ 22 UWG), der Privatklage beim Officialdelikt des § 4 UWG (§ 22 Abs. 3 UWG).

VI. *Interesse an wahrheitsgemäßer Unterrichtung*. Aber noch weitere Rechtsgüter sind geschützt. Dies gilt schon nach herrschender Meinung für das Interesse (im untechnischen Sinn) des Publikums vor Übervorteilung⁷⁰. Dem schließt sich der Verfasser für die Fälle des § 3 UWG

⁶⁷ Allg., Randnote 46.

⁶⁸ Verhandlungen des 36. Deutschen Juristentages, Bd. 1, S. 137.

⁶⁹ Völlig herrschende Meinung, vgl. B—H, S. 47, Callmann, 31 f., Reimer. S. 8, je mit weiteren Nachweisen.

⁷⁰ Vgl. B—H, Randnote 43, Nerreter, a. a. O., S. 59, Reimers Kap. 86, Randnote 1, Tetzner, Anm. 18, a. E., zu § 3 UWG, und Anm. 8, a. E., zu § 21 UWG, ferner fast die gesamte Praxis, vgl. die Nachweise bei B—H a. a. O. Anderer Meinung ist noch heute v. Brunn, in der Festschrift für Rudolf Isay (Köln und Berlin 1956), S. 167 ff. (179). Er begründet seine Ansicht damit, daß das Gesetz nur den Kaufleuten der gleichen Branche Verfolgungsrechte gebe (§ 13 Abs. 1 UWG). Außerdem müsse es sonst wundernehmen, warum § 1 UWG nicht zur Strafvorschrift ausgebaut worden sei. Das letztere wäre, wie auch v. Brunn, a. a. O., S. 181, erkennt, wegen des Grundsatzes „nulla poena sine

an. Es handelt sich hier nur um die Frage, ob man Interessen der Allgemeinheit überhaupt als mitgeschützt ansehen will. Dies ist bei der Übermacht der heutigen Werbemittel und dem Mangel an sonstigen einschränkenden Normen ohne weiteres als Wille des Gesetzgebers zu unterstellen (vgl. dazu auch unten, VII). Denn die Allgemeinheit hat ein Interesse an der Bekämpfung der stets wachsenden Mißstände im Wettbewerbsleben. Wenn dies feststeht, ist nicht zweifelhaft, daß eines dieser geschützten allgemeinen Rechtsgüter das des Publikums an wahrheitsgemäßer Unterrichtung sein muß.

VII. Geschützte Kulturgüter. Nicht um dieses Rechtsgut kann es sich handeln, soweit Werbungen verboten werden, weil sie in ihrer Form unanständig sind⁷¹ oder weil sie nicht erweislich wahr sind⁷². Trotzdem handelt es sich auch hier um soziale Rechtsgüter. Das Wettbewerbsrecht ist auch Kulturrecht. Dies gilt ganz besonders für das Reklamerecht. Die Reklame durchdringt heute das ganze öffentliche Leben. Die Allgemeinheit muß darüber wachen, daß hier wenigstens Mindestansprüchen des Geschmacks und einer Lauterkeit genügt wird, die über die bloße Vermeidung von Unwahrheiten hinausgeht. Jede Erziehung zu Geschmack und öffentlicher Aufrichtigkeit wäre gefährdet, wenn in diesen Beziehungen gerade der Reklame keine Zügel anzulegen wären. Dieses Interesse wird, soweit es um die ästhetische Gestaltung der Außenwerbung geht, durch landesrechtliche Bestimmungen des öffentlichen Rechtes verwirklicht⁷³. Für den Inhalt der Werbung ist die Allgemeinheit allein auf den Schutz durch das UWG angewiesen. Es entspricht einem echten, anders nicht zu erfüllenden Bedürfnis, das UWG in diesem Sinne auszulegen; die Auslegung ist, wie sich zeigen wird, möglich. Das Kulturinteresse der Allgemeinheit an der Einhaltung von Mindestanforderungen des Geschmacks und der Ehrlichkeit der Werbung wird also durch die Vorschriften des UWG mitgeschützt⁷⁴.

VIII. Abweichende Ansichten

1. Die herrschende Meinung erkennt ebenfalls an, daß durch das UWG auch Rechtsgüter der Allgemeinheit geschützt werden; die meisten

lege“ bei einer so allgemein gefaßten Generalklausel gar nicht möglich, vgl. BayVerfGH, VGHE NF 4, II, 194 (v. 13.10.1951), so daß daraus also kein Schluß auf den (im übrigen nicht unbedingt verbindlichen) „Willen des Gesetzgebers“ gezogen werden könnte. Wegen des anderen Einwandes vgl. das unten, Kap. 9, IX Gesagte, aus dem sich ergibt, daß auch die Regelung des § 13 Abs. 1 UWG sehr wohl mit der Annahme eines geschützten Rechtsgutes der Allgemeinheit zu vereinbaren ist.

⁷¹ Unten, Kap. 30.

⁷² Unten, Kap. 24—29.

⁷³ In Bayern durch das Gesetz gegen verunstaltende Außenwerbung, v. 2. 3. 54, GVBl. S. 41.

⁷⁴ Vgl. schon Kohler, S. 155: „Geschmack, Schönheit und Ehrlichkeit müssen die Devise der Reklame sein.“

Schriftsteller nehmen aber an, daß *sämtliche* Werbeverstöße auch öffentliche Interessen verletzen⁷⁵.

Dem stehen im hier interessierenden Bereich des Werberechts schon Einzelfälle, wie das Beispiel der unrichtigen persönlichen Werbung, entgegen⁷⁶. Überdies sind die vom Werberecht geregelten Fälle so mannigfaltig, daß sich ein spezielles, stets mitverletztes Sozialgut nicht angeben läßt. Dem entspricht, daß die hier bekämpften Ansichten mit so abstrakten Formeln wie dem „allgemeinen Rechtsfrieden“ und dem „Ordnungszweck jeder Rechtsnorm“ arbeiten: dies ist ein Denkfehler, denn damit wird der Zweck der Norm mit dem Zweck der Rechtsordnung verwechselt. Dies gilt besonders für Hefermehls Formel⁷⁷ von der „Wahrung des Rechtsfriedens“, oder die Isays vom „Berufsethos des Gewerbes“.

2. Böhm, Elster und Nipperdey⁷⁸ finden das geschützte Sozialinteresse in der Aufrechterhaltung des Leistungswettbewerbes. Diese Formel ist für uns schon deshalb unbrauchbar, weil wir den Leistungswettbewerb auch als Ordnungsprinzip nicht anerkennen können⁷⁹.

3. Das Reichsgericht⁸⁰ spricht von einem Interesse „an der Reinhaltung des wirtschaftlichen Verkehrs“. Das scheint zunächst eine tragbare Formulierung zu sein. Denn sie berührt sich mit dem Kulturinteresse der Allgemeinheit an einer anständigen und geschmackvollen Reklame. Der Unterschied ist nur, daß die Reklame eine Erscheinung nicht nur des wirtschaftlichen, sondern des allgemeinen sozialen Lebens ist. Auch entspricht es nicht einer rationellen, wirklichkeitsnahen Gesetzesauslegung, öffentliche Interessen in weiterem Umfang zu schützen als unbedingt nötig. Denn die Entscheidung, welche Rechtsgüter verletzt sind, ist für die Auslegung äußerst wichtig: damit sind die Rechtsnormen nicht mehr nachgiebig, sondern zwingend; auch eine Verwirkung ist ausgeschlossen. Bei den vielen Einzelverstößen würde das zu weit führen. Auch der Satz des Reichsgerichts läuft ferner letztlich auf das Interesse an der Wahrung der Rechtsordnung selbst hinaus. Denn das Interesse an der „Reinhaltung“ des wirtschaftlichen Verkehrs ist nichts anderes

⁷⁵ Hefermehl, Festschrift für Nipperdey, München und Berlin 1955, S. 286 ff., Nerreter, Allgemeine Grundlagen eines deutschen Wettbewerbsrechts, S. 59, Ulmer, GRUR 37, 769 ff. (772), B—H, S. 47, und die gerichtliche Praxis, vor allem in bezug auf die Verwirkung, vgl. oben, Anm. 62.

⁷⁶ Näheres in Kap. 11, II.

⁷⁷ Vgl. Anm. 75.

⁷⁸ Zitiert bei B—H, a. a. O., teils ohne Angabe der Quelle, teils in Schriften, die dem Verfasser unzugänglich blieben. Man mag die folgenden Ausführungen daher immerhin als Auseinandersetzung mit einer denkbaren Lösungsmöglichkeit betrachten.

⁷⁹ Das Rechtsgut des Wettbewerbsrechts, Berlin 1933 (danach ist übrigens nur dieser allgemeine Wert, nicht auch die Persönlichkeit oder ein Immaterialgut, geschützt).

⁷⁹ Unten, Kap. 4, III.

⁸⁰ V. 7. 3. 30, MUW 30, 230 f. (231, rechts, oben).

als das Interesse daran, daß jeder Kaufmann den § 1 UWG, der eben ein lauterer Handel gebietet, einhält.

4. Fikentscher geht davon aus, daß die Persönlichkeit einerseits bewahren, andererseits erobern wolle, daß daher Persönlichkeitsschutz in sich schon etwas „zweiseitiges“ bedeute⁸¹. Daher gewähre das Wettbewerbsrecht einerseits einen Schutz für erworbene Einzelgüter, zu denen auch das Unternehmen gehöre, andererseits aber für die wirtschaftliche Betätigung (im Kartellrecht). Diese Betrachtungsart ist vorzüglich geeignet, das Verhältnis zwischen UWG und GgW lückenlos zu erklären; ihre Grenze liegt darin, daß sie den Wettbewerb als Einzelphänomen — gewissermaßen als Modell im Windkanal — betrachtet. Er steht aber, besonders als Reklame, im Zusammenhang mit dem Leben der Gemeinschaft, auf die er sich auswirken kann. Da es schlechthin nicht zu leugnen ist, daß ein gewisses Interesse am Schutz der Lauterkeit des Verkehrs gegeben ist⁸², muß Fikentscher ihn um der Konkurrenten willen eingerichtet ansehen, um sein System zu wahren.

Kap. 4: Die Kriterien der Sittenwidrigkeit

I. Vorbemerkungen. Soweit die Alleinstellung unter die Spezialbestimmungen der §§ 3 und 14 UWG⁸³ fällt, erübrigen sich Überlegungen zum Begriff der Sittenwidrigkeit. Über die Schwierigkeit, die dagegen die Inhaltsbestimmung der Generalklausel des § 1 UWG bietet⁸⁴, wird viel geklagt, freilich zu Unrecht. Nur weil diese Bestimmung nie endgültig ausgeschöpft werden konnte, ist sie seit 1909 fähig gewesen, sich allen gesellschaftlichen Änderungen anzupassen. Man beklagt sich ferner zu Unrecht über die „Inflation der Sittenwidrigkeit“⁸⁵, die zu unangebrachten Diskriminierungen ehrenwerter Kaufleute bei leichteren Verstößen führe. Aber jeder Rechtsbegriff ist eine zweckbestimmte Schöpfung mit einem vom allgemeinen Sprachgebrauch oft abweichenden Inhalt⁸⁶; man sollte die Fähigkeit der Gewerbetreibenden, dies zu erken-

⁸¹ S. 209 ff.

⁸² Fikentscher, S. 229.

⁸³ Unten, Kap. 13, 14.

⁸⁴ Die wir im Bereich der „sittenwidrigen Marktschreierei“ (unten Kap. 30) und der nicht erweislichen wahren Alleinstellung (unten, Kap. 24—29) heranziehen müssen; den Vergleich verstehen wir zunächst als Verstoß gegen § 823 Abs. 2 BGB, vgl. unten, Kap. 8, III.

⁸⁵ z. B. Baumbach, DJZ 31, Sp. 61, Lobe, GRUR 31, S. 1217, Callmann, S. 45, Schramm Grundlagen, S. 54, Reimer, Kap. 76, Randnote 6, Giesecke, GRUR 50, 298 ff., Hubmann, ZfH Bd. 117, S. 74 ff. De lege ferenda wird häufig auf die Schweizer Generalklausel („Treu und Glauben“) hingewiesen; aber der Vorwurf, man habe gegen Treu und Glauben verstoßen, „diskriminiert“ nicht mehr und nicht weniger als der der Sittenwidrigkeit. Ein Verstoß gegen Treu und Glauben ist auch moralisch nicht zu billigen.

⁸⁶ Vgl. oben, Kap. 2, I.

nen, nicht unterschätzen⁸⁷ (und ihre Empfindlichkeit nicht überschätzen). Man sollte auch nicht übersehen, daß auch die Übertretung sittlicher Normen manchmal eben leicht zu bewerten ist (Gelegenheitslügen, Prahlerien). Deshalb bleiben sie doch echte Sittenverstöße. Deshalb ist es unnötig, die Generalklausel dahin auszulegen, daß sie auch Verstöße „gegen die anständigen Gebräuche“, „gegen die Ordnung des Verkehrs“ verbiete⁸⁸. Dem ist entgegenzuhalten, daß solche „Unanständigkeiten“ stets eine mögliche Schädigung des Konkurrenten bedeuten. Wer sich schäbig verhält und dabei die Gefahr heraufbeschwört, daß ein anderer Schaden erleidet, handelt aber nicht mehr nur schäbig, sondern verstößt, wenn auch vielleicht nur leicht, gegen das Sittengesetz. Übrigens besteht zwischen Unanständigkeit und Sittenwidrigkeit für eine geläuterte Anschauung kein echter Gegensatz⁸⁹. Mit diesem Hinweis weichen wir nicht von unserer allgemeinen Anschauung ab, daß es für die Feststellung der Sittenwidrigkeit auf die Anschauung der Allgemeinheit ankommt. Denn auch das Volksbewußtsein hält „Unanständigkeiten“ aus den gleichen Gründen wie etwa Kant, nämlich um der Erleichterung des sittlichen Verkehrs als eines sittlich notwendigen Zweckes willen, also aus sittlichen Gründen, für geboten. Daß es sich dabei der moralischen *Natur* seines Unwerturteiles bewußt ist, ist nicht zu fordern. Die Angst vor der moralischen Disqualifikation⁹⁰ ist um so unbegründeter, als sich der Täter nach feststehender Rechtsprechung der Sittenwidrigkeit seines Verhaltens nicht bewußt sein muß⁹¹. In den meisten Wettbewerbsachen wird weder behauptet noch festgestellt, daß der Beklagte bewußt sittenwidrig handelt. Da nun das Gesetz jeden, auch den geringfügigen, Sittenverstoß verbietet, ist⁹² mit dem Urteil, ein Verhalten ver-

⁸⁷ Vgl. Greifelt, WRP 55, 4 (rechte Spalte, oben).

⁸⁸ B—H, 7. Aufl. Allg., Randnote 64; in der 8. Aufl. aufgegeben.

⁸⁹ Vgl. einerseits Kant, *Metaphysik der Sitten*, (Philosophische Bibliothek, 3. Aufl.) S. 336, andererseits, von völlig anderen methodischen Voraussetzungen her, N. Hartmann, *Ethik* 2. Aufl., Berlin und Leipzig 1935, S. 435—438.

⁹⁰ Die auch das RG beeinflusst, vgl. das Urteil v. 12. 1. 32, GRUR 32, 310 („ein so schwerer Vorwurf“).

⁹¹ Vgl. die Nachweise bei B—H, Allg., Randnote 83; eine andere Frage ist, ob der Täter die Umstände kennen muß, welche die Sittenwidrigkeit begründen; so h. M., vgl. Reimer, Randnote 7 zu Kap. 74, mit vielen Nachweisen, B—H, Allg., Randnote 84, und die Praxis, Vgl., RG v. 24. 5. 39, MUW 39, 357 ff. (359); BGH v. 17. 2. 56, GRUR 56, 274 ff. (275), anderer Meinung: v. G—H, Anm. 10 a zu § 1 UWG, mit guten Gründen: warum sollen hier, ähnlich wie im Strafrecht, die im Subsumptionsirrtum handelnden Täter härter angepackt werden als die im Tatirrtum befindlichen, wo doch die feinen Nuancen, die eine Handlung sittenwidrig machen, häufig schwerer zu erkennen sind als eine Tatfrage?

⁹² Ähnlich auch Kirchberger, *Unlauterer, unzumutbarer und sittenwidriger Wettbewerb*, Berlin 1932, S. 10 ff: „Sittenwidrig bedeutet im Rahmen des § 1 UWG bloßen Verstoß gegen Konventionalnormen, ein Gesinnungsmangel ist damit nicht verbunden.“ Diese weite Auslegung scheint bei der hier vertretenen Auffassung unnötig (zustimmend aber v. G—H, Anm. 8 zu § 1 UWG).

stoße gegen § 1 UWG, noch nicht unbedingt eine moralische Disqualifikation ausgesprochen. Zu diesem Ergebnis kommt man, ohne den Gesetzeswortlaut Gewalt anzutun, durch eine Besinnung auf den wahren Umfang der sittlichen Normen. Deshalb sind alle Änderungs- und Auslegungsversuche, die teils *de lege lata*⁹³, teils *de lege ferenda*, etwas anderes an die Stelle des Sittenbegriffs setzen wollen, abzulehnen. Im übrigen ist eine überzeugende andere Formulierung nicht gefunden; an der Notwendigkeit einer Generalklausel ist aber wohl nicht zu zweifeln⁹⁴.

II. Leistungswettbewerb. Im Gegensatz dazu kennzeichnet man den Inhalt des Sittenbegriffs in § 1 UWG heute meist mit dem Schlagwort vom Leistungswettbewerb.

Nicht alle Autoren verstehen darunter das gleiche. Für Callmann gibt es drei Arten des Wettbewerbs: Leistungs-, Suggestions- und Gewaltwettbewerb⁹⁵. Ersteres ist für ihn „der Wettbewerb durch Kräfteentfaltung“ im Gegensatz zum „Wettbewerb durch Einwirkung auf die öffentliche Meinung“ (Reklame, Suggestionswettbewerb) und dem Wettbewerb „durch unmittelbare Bedrängung des Mitbewerbers“ (Gewaltwettbewerb). Auch der Leistungswettbewerb kann für ihn unzulässig sein. Er will mit jenem Ausdruck also nicht den Unwertcharakter der Tathandlung des § 1 UWG deuten, sondern eher alle Wettbewerbshandlungen wertfrei klassifizieren.

Anders das Reichsgericht im sogenannten Bezinkampffall⁹⁶ und die ihm folgende herrschende Meinung⁹⁷. Das Reichsgericht teilt die Wettbewerbshandlungen (nach einem Vorschlag Nipperdeys)⁹⁸ in Leistungs- und Behinderungswettbewerb. Ersterer liegt bei solchen Handlungen vor,

⁹³ Verstoß gegen die öffentliche Ordnung: Enneccerus-N., § 191, I (Anm. 6, allerdings für § 138 BGB; nach Anm. 3, a. a. O., ist der Begriff aber in §§ 138, 817, 826 BGB und 1 UWG „immer derselbe“) Goez, JW 22, 1192. Der letztere identifiziert die Zwecke der Rechtsordnung mit den „guten Sitten“; letzteres ist sicher nicht anzuerkennen; dadurch würde die Generalklausel letzten Endes steril. Sie müßte sich auf die Grundsätze beschränken, die sich in der genormten Rechtsordnung vorgegeben finden; ihr Wert besteht aber gerade darin, daß sie neue Wertgrundsätze in das Rechtssystem einführen kann.

⁹⁴ Auch wenn sie, wie dies vor allem Reimer, Kap. 76, Randnote 6, mit Recht fordert, die Lehre von den absoluten und Persönlichkeitsrechten weitgehend ausbaut und damit oft den § 823 Abs. 1 BGB an die Stelle des § 1 UWG setzen kann.

⁹⁵ S. 24, 50 f.

⁹⁶ Urteil v. 18. 12. 31, RGZ 134, 342 ff.

⁹⁷ Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, Köln und Berlin, 1933; Nipperdey, Kartellrundschau 28, 140; Nipperdey, Wettbewerb und Existenzvernichtung, Köln-Berlin 1930; Ulmer, Sinnzusammenhänge im modernen Wettbewerbsrecht, Berlin 1932, S. 11, v. G—H, Vorb. 3, 4; Elster, Wettbewerbsrecht, Berlin 1941, S. 1 ff., 6; Lehmann, Handel und Gewerbe, 3. Aufl., Berlin 1949, S. 101, Tetzner, 1. Aufl., S. 43, unten; Ilau, zitiert bei Greifelt, WRP 55, S. 5; vgl. auch die Darstellung bei Sprüngli, S. 146 f. Aus der Praxis ist zu nennen: OLG Stuttgart v. 28. 12. 54, NJW 55, 389; BGH v. 3. 12. 54, BGHZ 15, 356 ff. (365).

⁹⁸ RGZ 134, 353.

„die in der Förderung der Absatztätigkeit . . . mit den Mitteln der eigenen Leistung bestehen“, letztere bei Handlungen, „die nur eine Behinderung des Mitbewerbers herbeiführen, um dadurch erst freie Bahn für den eigenen Absatz zu schaffen“. Diese Antithese, die im entschiedenen Einzelfall durchaus sachdienlich war, erstarrte später zum neuen wettbewerbsrechtlichen Grunddogma. Die Entwicklung findet ihren Abschluß in den Darlegungen B-H-s⁹⁹; nach ihnen liegt der *Sinn* des wirtschaftlichen Wettbewerbs im Leistungsprinzip. „Leistungswettbewerb ist der positive Wettbewerb durch eigene tüchtige Leistung, die in der Förderung der Absatztätigkeit des eigenen Geschäftsbetriebs besteht . . . Der Gegensatz ist nicht Behinderungswettbewerb, sondern Nichtleistungswettbewerb“. Damit ist also der Begriff des Leistungswettbewerbes allein zum Kriterium geworden; der Begriff der Sittenwidrigkeit wird durch den ersteren beinahe ersetzt. Diese Theorie hat das deutsche Rechtsleben besonders z. Z. des Werberates stark beeinflußt¹⁰⁰.

III. Kritik. Die Theorie vom Leistungswettbewerb ist mindestens auf dem Gebiete der Reklame von der Wirklichkeit überholt¹⁰¹. Natürlich hätte eine solche Werbung auf das Publikum eine starke Suggestionskraft. Die großen Markenartikel, die die Reklame beherrschen, sind aber z. T. so eingeführt, und Leistungsunterschiede mit den gleichartigen Konkurrenzzeugnissen bestehen so wenig, daß es nicht mehr sinnvoll wäre, mit der Leistung zu werben. So treiben sie teils „Erinnerungsreklame“¹⁰², teils wollen sie auf das Unterbewußtsein mit Nebensächlichkeiten einwirken. Dies geschieht vornehmlich durch systematische Einhämmern sympathischer Assoziationen, wobei man sich aller Erkenntnisse der modernen Psychologie bedient.

⁹⁹ Einl. vor § 1 UWG, Randnote 66 ff.

¹⁰⁰ Vgl. v. a. seine zweite Bekanntmachung v. 1. 11. 33 (abgedr. z. B. bei Elster, Wettbewerbsrecht, S. 76), Punkt 6: „Die Werbung soll geschmackvoll und ansprechend sein . . . Alle Angaben müssen wahr und klar sein . . . Sie (sc. die Werbung) darf nicht in marktschreierischer Weise oder durch Übertreibung verlocken, sondern soll in *sachlicher Beweisführung* die Vorteile der eigenen *Leistung* hervorheben“. — Eine noch andere Bedeutung hat das Wort „Leistungswettbewerb“ in der Ständerechtsprechung der Rechtsanwälte; diesen ist verwehrt, anders als *durch* ihre Leistung zu werben, vgl. die Darstellung im Urteil des Bayerischen Ehrengerichtshofes für Rechtsanwälte v. 25. 6. 54, BayerEGH Bd. 2, S. 151. Dieser Grundsatz ist im Wettbewerbsrecht natürlich nicht anwendbar und ist dort unter dem Schlagwort vom „Leistungs-wettbewerb“ nicht gemeint.

¹⁰¹ So auch Tetzner, WUV 56, 589 und vor allem in seinem Kommentar zum UWG (2. Aufl., Köln 1957), S. 15; welchen Inhalt das auf S. 16 doch wieder auftauchende „Leistungsprinzip“ noch haben soll, wenn (auf S. 15) der „Wettbewerb der Qualitäten“ nicht mehr aktuell ist, sagt Tetzner nicht. Die im folgenden gebrachte Begründung klingt auch bei Sprüngli, S. 149, letzter Absatz, und der dort zitierten Äußerung von Matter an.

¹⁰² Kropf, Die Werbemittel in ihrer psychologischen, künstlerischen und technischen Gestaltung, Essen 1953, S. 30.

Beispiel 5:

„Mach mal Pause, — Coca-Cola“ in Verbindung mit Pin-up-Girls und angenehmen Situationen. Diese generelle Assoziation wird in Annoncen, Kalendern, Werbefilmen, Funk und Fernsehen wiederholt¹⁰³.

Beispiel 6:

Als die Zigarettensorte der Fa. Zuban noch nicht voll eingeführt war, gebrauchte diese den Slogan „Gestern so gut wie heute und morgen“, also einen Leistungshinweis. Jetzt geht es darum, den eroberten Marktanteil zu halten; der Werbesatz heißt jetzt „Tag für Tag, was das Herz begehrt“. Auch mit ihm werden, völlig „unsachlich“, angenehme Situationen verbunden (Werbefilm über das Oktoberfest, Plakate mit Faschingentanzern).

Beispiel 7:

Die Werbung mit Firmentalismans: „Fridolin aus dem Hause Maggi“, oder „Donald Duck“ (Walt Disneys Wunderente) für amerikanischen Zitronensaft. In die gleiche Reihe gehört die Werbung mit Bildern und Unterschriften von Filmstars; auch sie hat mit Leistungshinweisen nicht mehr viel zu tun; vielmehr wird der Herdentrieb der Masse ausgenutzt.

Beispiel 8:

Der Wettbewerb mittels Preisausschreiben, Leserumfragen, Schönheitskonkurrenzen, Hausfraueneckmittagen, Schaufensterverlosungen usw. Selten wird man hier Gütehinweise entdecken. Dennoch werden alle diese modernen Werbemethoden mit Recht überwiegend für zulässig gehalten, soweit nicht der angesprochene Spieltrieb unmittelbar für das Gewinnstreben

¹⁰³ Grundsatz der Gleichförmigkeit der Werbung, einer der Hauptbestandteile der modernen Werbepsychologie, vgl. Venzor, *Werbliche Psychologie*, Berlin 1954, S. 46 f. Siehe auch Le Bon, *Psychologie der Massen*, S. 104 f.

¹⁰⁴ Vgl. Bawmann, NJW 52, 684 ff. Anders freilich das Urteil des OLG Düsseldorf v. 1. 2. 57, GRUR 57, 565 ff., wo die Antragsgegnerin (Agg) eine Herstellerin von kosmetischen Erzeugnissen, ihre Stammkunden (Einzelhändler) aufgefordert hatte, an einem Schaufensterwettbewerb teilzunehmen. In den Schaufenstern sollte für die von der Agg entwickelte „italienische Note“ (eine neue kosmetische Geschmacksrichtung) geworben werden; die Teilnahme war vom Bezug der neuen Artikel abhängig gemacht. Das OLG stellte fest, Preisausschreiben seien nur dann sittenwidrig, wenn der Spieltrieb des Publikums zugunsten des Unternehmens ausgenutzt werde; dies sei hier der Fall; denn der Teilnehmer müsse die Waren kaufen, weil er sie im Schaufenster ausgestellt habe, wodurch eine Nachfrage nach diesen Artikeln ausgelöst werde (was soll daran sittenwidrig sein? Soll der Einzelhändler die geworbenen Kunden abweisen? Wird er ausgenutzt? Macht er nicht durch die Werbeidee der Agg ein Geschäft?) Vollends sittenwidrig werde das Verhalten der Agg durch die Art der Durchführung des Preisausschreibens. Denn die Agg werbe dabei nicht mit der Preiswürdigkeit und Güte ihrer Erzeugnisse, sondern spreche den Spieltrieb ihrer Abnehmer an. Ein echter Leistungswettbewerb liege nicht vor, weil der Gewinn im Preisausschreiben vom Zufall abhängig gemacht sei. Das Preisgericht werde die Schaufenster prämiieren, die am wirksamsten für die Agg werben würden. Kann man aber ein anderes Ziel erwarten? Werden die Teilnehmer ein anderes angestrebt haben? Soll folglich auch innerhalb der Teilnehmer eines Preisausschreibens der Grundsatz vom Leistungswettbewerb in bezug auf dieses gelten? Welchen Inhalt hat es dort? Das Beispiel zeigt, wie wenig man den Erscheinungen des modernen Werbelebens mit einer begrifflichen Fortbildung der auf dem „Leistungsprinzip“ basierenden Grundsätze beikommen kann.

des Werbenden eingesetzt wird¹⁰⁴. Man muß aus allem schließen, daß die tatsächliche Entwicklung längst über diese Theorie vom Leistungswettbewerb hinweggegangen ist. Diese war — mindestens im Bereich der Reklame — eine Reaktion gegen die Auswüchse der Reklame in der Gründerzeit¹⁰⁵, die vor Unterstellungen, Vergleichen und groben Geschmacklosigkeiten nicht Halt machte. Die Theorie gründet sich auf die Vorstellung vom königlichen Einzelkaufmann und auf ein Sozialmodell, in dem für echte Einzelleistung noch Platz war¹⁰⁶.

Die großen Reklametreibenden, mit denen wir es hier hauptsächlich zu tun haben¹⁰⁷, werben für Massenartikel, die meist genauso gut sind wie die der Konkurrenz. Sie tun es mit Mitteln der modernen Massenpsychologie¹⁰⁸. So wirbt ein Waschmittel mit der angenehmen blauen Farbe, die es entwickelt; bei gleicher Warengüte werden Assoziationen eingespannt¹⁰⁹. Bemerkenswert ist auch der Hinweis Reimanns¹¹⁰ darauf, daß Leistungswettbewerb ursprünglich ein völlig wertneutraler Begriff der betriebswirtschaftlichen Werbelehre gewesen sei. Inzwischen ist die Absatzwissenschaft längst davon abgekommen, den Sinn des Wettbewerbs im Leistungswettbewerb zu erblicken¹¹¹. Aus dieser Skizzierung der Rechtswirklichkeit ergibt sich schon, daß das Leistungsprinzip dem Bewußtsein der Allgemeinheit über das wirtschaftlich Erlaubte heute nicht mehr allein entsprechen kann.

Aber auch einer höheren sittlichen Anschauung widerspricht diese Theorie, so sittenstreng sie sich gebärdet, durchaus. Denn sie setzt dem menschlichen Tätigkeitsdrang Grenzen, die sachlich nicht geboten sind. Durch die Werbung nach dem Leistungsprinzip wird die echte Leistung nicht gefördert, weil eine solche Werbung weithin nicht wirkt, sondern eher edle Langeweile ausstrahlt. Durch die „Nichtleistungswerbung“ wird (solange nicht andere sittliche Verbote hinzukommen) kein Rechtsgut der Allgemeinheit oder eines einzelnen beeinträchtigt. Eine

¹⁰⁵ Vgl. besonders deutlich Lobe, MUW 16, 129 ff.

¹⁰⁶ Vgl. unten, Kap. 25, Abschn. IV, a. E.

¹⁰⁷ Je größer die Masse, desto primitiver das Argument, weil desto geringer die kollektive Denkfähigkeit, Domitzlaff, Die Gewinnung öffentlichen Vertrauens, Hamburg 1951, S. 135 f.

¹⁰⁸ Vgl. v. Holzschuher, Psychologische Grundlagen der Werbung, Essen, o. J. (1954), passim.

¹⁰⁹ Vgl. das Beispiel bei v. Holzschuher, Psychologische Grundlagen der Werbung: eine amerikanische Firma hatte für ihre Seife jahrelang mit Qualitätshinweisen geworben, bis sie auf eine Marktforschungsumfrage feststellte, daß ihr Erzeugnis deshalb so gern gekauft werde, weil es so „gut in der Hand liege.“

¹¹⁰ WUW 56, 620; der Gedanke des Leistungswettbewerbes ist dort als Grundsatz zur Ausfüllung des § 1 UWG scharf abgelehnt.

¹¹¹ Vgl. Hundhausen, Wesen und Formen der Werbung und das dortige Zitat von Parlin: „Die Welt ist zu beschäftigt, um auf die Jagd zu gehen, um den besten Hersteller von Mausefallen zu finden.“

solche sinnlos restriktive Haltung, die um des Ordners willen ordnet, sollte überwundenen Zeiten des Polizeistaates angehören.

IV. *Behinderungswettbewerb*? Ebenso unfruchtbar ist eine Umkehrung des Satzes vom Leistungswettbewerb, die das Wesen der Sittenwidrigkeit in der Behinderung der Konkurrenten sähe. Freilich darf nicht übersehen werden, daß die Formel vom „Behinderungswettbewerb“ äußerst fruchtbar geworden ist; sie trägt vor allem die Entscheidung im Benzinkampffalle¹¹². Nun ist aber auch vom Reichsgericht nicht verkannt worden, daß fast jede Wettbewerbshandlung den Konkurrenten beeinträchtigt; dies allein macht seine Handlung auch dann noch nicht sittenwidrig, wenn er die Behinderung wollte¹¹³. Also muß noch ein weiteres Element hinzukommen: Eine Unlauterkeit des Mittels oder, im erörterten Falle, die Absicht, dem Gegner „koste es, was es wolle“, auch mit eigenem Verlust, zu unterbieten und gefügig zu machen oder zu vernichten. Auch Schramm¹¹⁴ erkennt an, daß nur „unanständige“ Behinderungen verboten sind. Damit sind wir aber wieder beim Ausgangspunkt angelangt.

V. *Die Theorie vom Leistungswettbewerb und die Alleinstellung*. Um die Probe auf diese Ergebnisse zu machen, sei kurz die Brauchbarkeit der erörterten Theorie in den hier untersuchten Einzelgebieten nachgeprüft:

1. Die *vergleichende Alleinstellungswerbung* könnte als Behinderungswettbewerb angesehen werden. Es gibt aber auch hier Fälle, in denen die Unsittlichkeit nur darin liegt, daß der Werbende mit „fremden Kalbe pflügt“ (Lobe). Dabei kann der Konkurrent sogar gelobt werden, so daß man sicher nicht mehr von einer Behinderung sprechen kann.

Beispiel 9:

Bad X — das sächsische Pyrmont¹¹⁵.

Hier liegt das Verbotene lediglich in der Ausnützung eines fremden guten Rufes; eine Behinderung ist nicht ersichtlich.

2. *Alleinstellungswerbung in „unsittlicher Marktschreierei“* widerspricht allerdings den Grundsätzen eines Leistungswettbewerbs. Freilich liegt hier in der Regel keine Behinderung des Gegners vor. Wer allerdings mit B—H den Gegensatz im „Nichtleistungswettbewerb“ sieht, behält hier Recht.

3. Völlig unanwendbar bleibt die Theorie jedoch im Gebiete der *unfundierten Alleinstellungsbehauptung*. Eine Alleinstellungsbehauptung kann sich durchaus auf die Hervorhebung der eigenen Leistung beschrän-

¹¹² RGZ 134, 342 ff.

¹¹³ a. a. O., S. 350. Darauf weist auch Greifelt, in WRP 55, S. 5, hin.

¹¹⁴ Grundlagen, S. 219.

¹¹⁵ Nach B—H, Randnote 18 zu § 1 UWG.

ken. Wenn dem Werbenden trotzdem der Vorwurf eines Sittenverstoßes gemacht werden kann, so liegt der Grund in einem ganz anderen sittlichen Grundsatz.

VI. *Die Anschauung Lobes.* Eine der Theorien vom Leistungswettbewerb verwandte, aber genauere systematische Deutung des Sittenbegriffes hat Lobe¹¹⁶ gegeben: „Gesetzt, es findet ein Wettrudern statt, wollte sich hierbei eine Partei außerdem noch heimlich . . . eines Motors bedienen, so wäre das auf ihrer Seite unlauteres Wettrudern.“ Lobe folgert: „Unlauter wird ein Wettbewerb durch Einfügung aller, sei es hindernder, sei es fördernder, Bedingungen, die nicht eine zur Vergleichung stehende Tätigkeit entfalten.“ Oder positiv: Anständig sei ein Wettbewerb nur, wenn die zu vergleichende wirtschaftliche Tätigkeit auf beiden Seiten rein zur Entfaltung komme. Diese bestechende Ableitung hat ihre Schwäche im Ausgangspunkt, dem Vergleich der sportlichen und der wirtschaftlichen Tätigkeit. Die Handlung des Sportlers ist auf ein einziges Ziel gerichtet, das man nur mit wenigen, verhältnismäßig unveränderlichen, immer wiederkehrenden Handlungen erreichen kann. Nicht so die wirtschaftliche Tätigkeit. Man kann schon nicht sagen, sie sei auf ein einziges Ziel gerichtet¹¹⁷. Ebensowenig ist die wirtschaftliche Tätigkeit vom Mittel her irgendwie zu begrenzen; alle im menschlichen Leben nur irgendwie denkbaren Handlungen können in der Wirtschaft geboten sein. Die wirtschaftliche Tätigkeit ist nichts Spezielles und Abgegrenztes; sie ist vielmehr das menschliche Leben im ökonomischen Bereich. Eine zum Vergleich stehende Tätigkeit gibt es hier nicht; also gibt es auch keine Handlung, in der sie verfälscht zur Entfaltung käme. Lobe vergleicht eine spezielle Seinsweise mit einer spezialisierten Einzeltätigkeit.

VII. *Stellungnahme.* Einheitsformulierungen können nie erschöpfend sein. Eben deshalb hat der Gesetzgeber zur Bewältigung der unlauteren Seite des Wirtschaftslebens eine ebenso komplexe Formel aufgestellt, um alle mannigfachen Lebenserscheinungen fassen zu können. Das Wesen dieser Formel besteht im echten *Rückgriff auf die Moralanschauung des Gesamtvolkes*¹¹⁸. Deshalb sind ausdeutende Einheitsformeln nicht nur

¹¹⁶ Der Unlautere Wettbewerb als Rechtsverletzung, Bd. 1, 1907, S. 8 ff.

¹¹⁷ Welches käme in Frage? Sicher nicht die Erzielung eines möglichst hohen Gewinnes; es kann aus den verschiedensten Gründen (Steuer, Konjunkturreserve) nicht erstrebenswert erscheinen. Teilweise gleiche Begründung in der Ablehnung der Lobeschen Theorie: B—H, Allg. Randnote 2 und die dort Zitierten, insbesondere Meyer-Cording, Monopol und Marktbeherrschung, Tübingen 1951, S. 33 f.

¹¹⁸ Ebenso Lothmar, Der unmoralische Vertrag, Leipzig 1906, S. 6, und Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. Berlin 1931, S. 118, unten. Fikentscher, S. 117, gibt, unter dem Eindruck ähnlicher wie der hier geäußerten Bedenken, dem „Leistungsprinzip“ eine Formulierung, die so weit ist, daß ihm selbst zweifelhaft wird, „ob es gelingen wird, das Leistungsprinzip näher zu umreißen“.

praktisch unerwünscht (siehe oben!), sondern entsprechen auch nicht dem Sinne des Gesetzes. Es kann sich hier demnach nur darum handeln, einige Einzelgrundsätze zu finden.

Werbung ist ein Mittel der Wirtschaft; sittliche Regeln über die Werbung gehören deshalb zur Wirtschaftsethik; diese ist Sozialethik. Das bedeutet, daß sie ihre Normen im Hinblick auf die Bezogenheit des Wirtschaftenden in die wirtschaftliche Gesellschaft, heute noch die nationale Volkswirtschaft, schöpfen muß. Sie richtete sich am Begriff des Gemeinwohls aus¹¹⁹. Welche Einzelerfordernisse des Gemeinwohls im Werbeleben des Schutzes der Sittenordnung bedürfen, ist eben unter Kap. 3 herausgearbeitet worden. Das Verhalten „von Mensch zu Mensch“, das eigentlich nicht zur Sozialethik „im engeren Sinne“¹²⁰ gehört, bildet, soweit als Schutzobjekt der *einzelne* Nächste in Frage steht, einen dritten Kreis zwischen Sozialethik im engeren Sinne und Individualethik. Dieser ist in die Wirtschaftsethik mit einzubeziehen; entsprechend haben wir oben in Kap. 3 gefunden, daß auch das Unternehmen geschützt ist.

Der Gegensatz zur sozialen Ethik ist die Individualethik. Ihr Ideal ist die sittliche Vervollkommenung der Einzelpersönlichkeit im nichtgemeinschaftsbezogenen, auch im nicht offenbaren Verhalten. Ihre Normen haben hier auszuschneiden.

Damit ist der Ausgangspunkt bestimmt, nicht jedoch die Methode. „Methode“ ist hier nicht im Sinne der Rechtsfindung im Prozeß zu verstehen. Dort ist der Maßstab das allgemeine Sittenbewußtsein. Davon unabhängig ist die Frage, welchen Ursprung es habe und wie seine einzelnen Ergebnisse einzuordnen seien. Hierbei kann durchaus auf Erkenntnisse der Philosophie zurückgegriffen werden, solange die materiellen Ergebnisse dadurch nicht verfälscht werden. Freilich kann im Rahmen dieser Arbeit der eigene Standpunkt nur angedeutet werden. Er fußt auf der modernen Wertphilosophie¹²¹. Ihr sind die Werte apriorische Wesenheiten, die durch das Gewissen erkannt werden. Menschliche Handlungen, die den Werten entsprechen, sind gut; stehen zwei Werte in Konflikt, so ist zu fragen, welcher von ihnen den Vorrang verdient. Die Wertskalen, welche die Vertreter dieser Lehre aufstellen, sind nun zu meist völlig auf die Individualethik ausgerichtet; der Wert des Ge-

Dies sei aber unnötig, „denn die Aufgabe, Recht vom Unrecht im Wettbewerb zu scheiden, fällt nicht dem Leistungsprinzip, sondern dem Gesetz und seinen Bestimmungen über die Sittenwidrigkeit zu“.

¹¹⁹ Zu vgl. Schilling. Christliche Wissenschaftsethik, München 1954, S. 18.

¹²⁰ Terminologie nach Schilling, a. a. O.

¹²¹ Entstanden auf dem Boden des sog. Neukantianismus, hält sie den Wert für unveränderliche Bewußtseinsstrukturen, apriorische „Wesenheiten“, über deren Werthaftigkeit der Geist nie im Zweifel sein kann; er kann nur „Subsumptionsirrtümer“ begehen; vgl. W. Windelband, Präludien, 7. u. 8. Aufl. 1922, Rückert, Der Gegenstand der Erkenntnis, 5. Aufl., 1921; ders., System der Philosophie, Bd. 1, 1921, ferner v. a. Scheler und N. Hartmann mit den im Folgenden mehrfach zitierten Werken.

meinschaftsbewußtseins kommt in ihnen zu kurz. Dies gilt zum Beispiel für den bedeutendsten Systematiker unter ihnen, N. Hartmann¹²². Der Verfasser ist dagegen der Auffassung, daß dieser Wert in den meisten Konfliktsituationen den Vorzug vor anderen persönlichen Werten verdienen muß. Wenn er allein eingreift, gebietet er zumeist ein bestimmtes Verhalten, das ohne sein Eingreifen sittlich indifferent wäre (zahlen ist sittlich indifferent, Steuern zahlen ist vom Standpunkt jenes Wertes eine sittliche Pflicht. Dagegen trägt Stehlen, Lügen, Prahlen usw. schon einen Handlungswert in sich). Deshalb hat sich für die nur aus ihm folgenden Gebote der Ausdruck „Verantwortungsethik“ eingebürgert, den man der Gesinnungsethik gegenüberstellt. Erkennt man den Ausgangspunkt des Verfassers an, so handelt es sich nicht um einen echten Gegensatz. Das Begriffspaar soll aber beibehalten werden, weil es das Gemeinte am ehesten verdeutlicht. Die Gesinnungsethik ist die alleinige „Methode“ der bisherigen Rechtsprechung. Sie sieht einen Sittenverstoß nur in Handlungen mit selbständigen Aktunwert; sie genügt auch, wenn die Handlung erkennbar unmittelbar die Gefahr einer Schädigung in sich birgt; sie hat aber den Sittenbegriff so verengt, daß man mit einigem Recht zweifeln konnte, ob er wirklich ausreichte, um sämtliche Wettbewerbsverstöße zu fassen; sie hat auch zu einer inneren Unehrlichkeit in der Anwendung des Sittenbegriffs geführt, weil die Gerichte Handlungen, die sie mit Recht als in der wettbewerblichen Sozialordnung als untragbar empfanden, mit gesinnungsethischer Begründung verwarfen, obgleich sie einen reinen unmittelbaren Aktunwert nicht besaßen. In Wirklichkeit war der Vorwurf gegen diese Handlungen darin zu sehen, daß der Täter die Folgen für das Gemeinwohl nicht überlegt hatte und von seiner wirtschaftlichen propagandistischen Macht nicht vorsichtig genug Gebrauch gemacht hatte. Eine solche Abwägung ist aber bei allen Handlungen im sozialen Raum geboten; sie muß um so sorgfältiger sein, je weiter sich die wirtschaftliche Tätigkeit spannt. Je größer ferner die eigene Macht ist, desto sorgfältiger muß sie angewandt werden¹²³. Diese Betrachtungsweise nennt man seit Max Weber „Verantwortungsethik“¹²⁴. Sie ist für das Volksempfinden nicht zu kompliziert, sondern kann ihm mit einfachen rationellen Erwägungen nahe gebracht werden; sie ist schmiegsamer als die gesinnungsethische Betrachtungsweise.

Ein Beispiel soll die bisherigen Ausführungen deutlicher machen: man ist sich im wesentlichen einig, daß das massenweise Vorspannen von Privatpersonen als Werber gegen versprochene Geschenke gegen § 1 UWG verstößt, weil die Befürchtung besteht, daß diesen anonymen und sachunkundigen Amateuren jedes Mittel recht ist, um sich ihre Prämie zu

¹²² Ethik, 2. Aufl., S. 379—492.

¹²³ Vgl. dazu die Nachweise unten zu Kap. 25, IV, 26.

¹²⁴ Vgl. die ausführliche Grundlegung unten, Kap. 25 f.

verdienen. Dieses Ergebnis ist richtig, kann aber doch nicht mit gesinnungsethischen Maßstäben gewonnen werden: wie könnte man den Einwand des Kaufmanns widerlegen, er habe solche Mißstände nicht gewollt und seine Werber auch eindringlich davor gewarnt? Darüber käme man auch mit dem Hinweis nicht hinweg, daß sich der Täter nach herrschender Meinung der Sittenwidrigkeit seines Handelns nicht bewußt sein muß¹²⁵, denn vom Standpunkt einer Gesinnungsethik aus ist *das Rechnen* mit Unterschleifen, die die Werber begehen werden, ein Umstand, der die Sittenwidrigkeit erst *begründet*. Die Überdehnung ist nur durch die Anwendung der „Verantwortungsethik“ zu korrigieren: der Täter handelt nicht gesinnungsmäßig schlecht, aber nicht überlegt genug.

Die Verantwortungsethik kommt in dieser Darstellung vor allem bei der Theorie von der unfundierten Alleinstellung zum Zuge. Aus ihr folgt noch ein weiterer Gesichtspunkt, der hier näher dargestellt werden soll. Wie oben in Kap. 2, VI näher dargestellt wurde, hat es die Werbung in besonderer Weise in der Hand, den Geschmack der Allgemeinheit zu verderben, weil sie die durchdringendste Art der Meinungsäußerung im modernen Spezialleben ist. Wer diese Macht in der Hand hat, darf das einmal erreichte Durchschnittsniveau der Werbung nicht erheblich unterschreiten, weil er damit helfen würde, es herunterzuziehen und damit die Kulturinteressen der Allgemeinheit zu schädigen; für diese mögliche Folge hat er einzustehen. Dieses Prinzip wollen wir das des Absinkens unter den Werbespiegel nennen.

Kap. 5: Die Feststellung der Sittenwidrigkeit durch den Richter

I. Materiellrechtliche Seite. Das Problem ist hier das des Maßstabs, den der Richter anlegen muß. Die in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Meinungen teilen sich in vier Gruppen:

1. Der Richter entscheidet nach seinem eigenen sittlichen Empfinden und nimmt auf die Anschauung der Gewerbetreibenden und der Allgemeinheit, die er vielmehr erzieherisch fortzubilden hat, keine Rücksicht.
2. Der Richter schöpft seine Anschauung unmittelbar aus der der Gewerbetreibenden.
3. Der Richter legt die Anschauung der Allgemeinheit zugrunde.
4. Der Richter berücksichtigt beides, wobei jedesmal der strengere Maßstab gilt.

Die erstere Meinung hat eigentümlicherweise noch fast niemand ausdrücklich vertreten; auch diejenigen, welche dies dem Sinne nach tun, legitimieren sich nach außen am „Anstandsgefühl aller gerecht Denken-

¹²⁵ Vgl. die Nachweise bei B—H, Einl. zu § 1 UWG, Randnote 79.

den“. Dem Sinne nach kommt die erste Meinung bei v. G—H¹²⁶ zum Ausdruck. Dort heißt es, das Anstandsgefühl der durchschnittlichen Gewerbetreibenden weise zu große Unterschiede auf. In der Praxis müsse sich daher der Richter mehr oder weniger von seinem eigenen Gefühl leiten lassen. Während die Rechtsprechung des Reichsgerichtes und des BGH ähnliche Erwägungen stets abgelehnt hat (stillschweigend aber natürlich sehr oft rechtsschöpferisch gearbeitet hat, ohne auf das Anstandsgefühl dritter Gruppen anders als durch eine formelhafte Wendung abzustellen), hat das OLG Düsseldorf¹²⁷ sich von diesem Prinzip einmal ausdrücklich leiten lassen. Die Beklagte hatte eine Marktforschungsumfrage durch Annoncen und Anschläge angekündigt, um den Geschmack des Publikums zu erforschen und damit eine Verlosung verbunden. Das OLG hat diese Werbemaßnahme verboten. Die Kernsätze der Begründung lauten: „Zwar trifft es zu, daß sich diese Auffassung (daß derartige Rundfragen sittenwidrig seien) noch nicht durchgesetzt hat; aber deshalb kann sie nicht abgelehnt werden; denn auf freiwillige Weise wird sie sich kaum jemals durchsetzen.“ — Unter denjenigen, welche die Ansicht der Gewerbetreibenden für maßgebend halten, sind zwei Gruppen zu unterscheiden: Einmal diejenigen, die trotzdem eine richterliche Überprüfung dieser Ansichten für nötig halten, zum anderen Rheinfels, der ausschließlich auf die unter den Kaufleuten herrschende Überzeugung abstellen will, die durch Umfragen festzustellen sei¹²⁸. Mit dieser extremen Meinung wird er wohl allein stehen; zur ersten Gruppe ist hingegen die Theorie des Reichsgerichts zu rechnen, nach welcher zwar auf die Anschauung der Allgemeinheit, aber vor allem auf die Meinung der *beteiligten* Volkskreise Rücksicht zu nehmen sei¹²⁹. Denn wenn das Reichsgericht damals noch davon ausging, daß nur die Unternehmen der Konkurrenz durch das UWG geschützt werden sollten¹³⁰, sind nur die Gewerbetreibenden, eigentlich nur die der gleichen Branche „beteiligt“. In der Praxis entstand daraus die bekannte Formel vom „Anstandsgefühl des Durchschnittsgewerbetreibenden“. Derjenige, der am konsequentesten auf die Anschauung der beteiligten Wirtschaftskreise abstellt, ist Tetzner¹³¹. Er meint, die Anschauungen seien von Wirtschaftszweig zu Wirtschaftszweig zu verschieden, deshalb müsse man, anders als bei § 826 BGB, von diesen Sonderauffassungen ausgehen. Das ist eine *petito principii*: ob diese verschiedenen Auffassungen allein maßgebend sind und ob nicht im Gegenteil die all-

¹²⁶ Anm. 9 zu § 1 UWG.

¹²⁷ Vom 20. 7. 51, GRUR 51, 463 ff. (465), mißbilligt von Bussmann, NJW 52, 485.

¹²⁸ WuW 56, S. 785 ff.

¹²⁹ RG v. 11. 4. 01, RGZ 48, 114 ff. (125).

¹³⁰ Die Wendung kam hier Ende des zweiten Jahrzehnts dieses Jahrhunderts, vgl. Anm. 62.

¹³¹ 1. Aufl., S. 42.

gemeine Volksanschauung wichtiger ist, ist gerade erst die Frage. Auf die berechtigten Bedürfnisse einzelner Wirtschaftszweige kann auch das allgemeine Bewußtsein Rücksicht nehmen.

Das Reichsgericht ist später zur dritten Gruppe übergeschwenkt¹³². Dem hat sich der BGH¹³³ angeschlossen. Er hat sich aber in der Begründung von dem seltsam verschlungenen Wege des Reichsgerichts (maßgebend sei das Empfinden des Volksganzen, insbesondere aber der „beteiligten“ Verkehrskreise; wenn aber das ganze Volk als Verbraucher „beteiligt“ sei, sei wieder auf seine Anschauung zurückzugreifen) freigemacht. Der BGH stellt auf den Schutzzweck des Wettbewerbs ab: „Das Wettbewerbsrecht dient der Allgemeinheit nicht zur insoweit, als sie an der Sauberkeit und Redlichkeit der Wettbewerber im Verhältnis zueinander interessiert ist; das Wettbewerbsrecht schützt durch die Belange des Volksganzen und der Kreise, an die sich die Werbung richtet, gegen eine für die Betroffenen unzumutbare Auswirkung der Werbung. Hieraus ergibt sich, daß bei der Frage, welche Anschauungen für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit einer Werbehandlung maßgebend sind, nicht nur auf die Auffassung eines anständigen Durchschnittskaufmanns abzustellen ist, daß vielmehr überall dort, wo die Allgemeinheit oder ein Teil des Publikums als Objekt der Werbehandlung unmittelbar in seinen Belangen berührt wird, die Auffassung derer, an die sich die Werbehandlung richtet, nicht unberücksichtigt bleiben kann.“

Beim Versuch einer eigenen Stellungnahme sind Schlagwörter wie „Freirecht“ oder „Rechtspositivismus“ zu vermeiden. Die Frage hat mit einem Methodenstreit nichts zu tun¹³⁴. Die erste Frage (Erziehung durch das richterliche Gewissen, oder Rückgriff auf Gruppenanschauungen) fassen wir eher als eine rechtspolitische auf. Die Antwort kann daher nur von einer vorgegebenen Überzeugung ausgehen, die hier nicht näher begründet werden kann. Für den Verfasser soll die Rechtsnorm mit den herrschenden Volksauffassungen schon aus politischen Gründen, nämlich um ihrer integrierenden Wirkung willen, möglichst übereinstimmen.

¹³² RG v. 9. 11. 34, RGZ 145, 397 ff. (400) und vom 15. 11. 35, RGZ 149, 224 ff. (227).

¹³³ In Urteilen vom 8. 7. 55, GRUR 55, 541; v. 16. 11. 56, WRP 57, 117 ff. (119). Gleicher Ansicht: Reimann, WUV 57, 620 ff., B—H, Allg., Randnote 68, 69. In seinem Urteil vom 21. 5. 57, GRUR 57, 558 ff. greift der BGH freilich (unter Hinweis auf BGHZ 15, 364; inzwischen war freilich das unten zitierte Urteil ergangen) auf die Formel vom Anstandsgefühl der Durchschnittsgewerbetreibenden zurück; dagegen auch Hefermehl in seiner Anmerkung GRUR 57, 560.

¹³⁴ Das übersieht Alexander-Katz in NJW 54, 130, wo es heißt: „... das richtige Rechtsgefühl des Richters... dasjenige ist, worauf es trotz des Entsetzens aller Positivisten für die richtige Entscheidung in erster Linie ankommt.“ Mit Positivismus hat die Frage gar nichts zu tun.

Der einzige Ausgangspunkt für die zweite Alternative (Rückgriff auf die Anschauung der Kaufmannschaft oder der Allgemeinheit) ist die Frage nach dem geschützten Rechtsgut, wie sie der BGH stellt. Wenn Güter der Allgemeinheit mitgeschützt sind, so kann es nicht dem sittlichen Empfinden einer Gruppe überlassen bleiben, ob ein Angriff gegen sie mit den guten Sitten vereinbart ist. Die Antwort ergibt sich also aus dem vorigen Kapitel: Bei der Reklame sind immer Kulturgüter der Allgemeinheit im Spiel. Mit der Formel von den „beteiligten Verkehrskreisen“ ist also zu brechen.

Zu bemerken bleibt, daß sich auch in der Rechtsprechung des BGH Formulierungen finden, die an eine bloße Übernahme festgestellter Sittenanschauungen der Mitbewerber denken lassen, so im Urteil vom 8. 5. 55¹³⁵.

II. Prozeßrechtliche Seite. Die Feststellung der Volksmeinung durch den Richter ist eine solche objektiven Sinnes: es handelt sich um eine Rechts-, keine Tatfrage¹³⁶. Die Sittenanschauungen des Volkes sind also nicht durch eine Umfrage festzustellen. Gegenteilig wird oft verfahren, so z. B. durch das KG als Vorinstanz vor dem RG in dessen Urteil vom 9. 12. 30¹³⁷. Das Umfrageverfahren wird auch von Rheinfels¹³⁸ gefordert: Nach ihm sollen nur die beteiligten Gewerbetreibenden befragt werden und soll die Mehrheit entscheiden. Ein solches Verfahren hätte nur dann seine Berechtigung, wenn:

1. wirklich nur die Anschauung eines gewissen Kreises wichtig wäre — sonst müßte eine Volksbefragung stattfinden.

2. die Befragten bereits eine eigene Meinung gebildet hätten. Die erste Voraussetzung haben wir bereits abgelehnt; an der letzteren wird es zumeist fehlen; wenn der Befragte das moralische Problem aber erst durch die Anfrage kennenlernt, so wird er im Endergebnis gleichsam als Laienrichter tätig: Dieser Eindruck verstärkt sich, wenn man aus den Gründen des zitierten reichsgerichtlichen Urteils ersieht, wie das KG die „Stimmen“ der einzelnen Handelskammer auszählt, und sich an das rechnerische Mehrheitsergebnis gebunden hält. Das Verfahren hat auch keine größere Gewähr für eine sachverständige Entscheidung für sich. Denn der Richter einer Spezialekammer dürfte von den auftretenden Fragen ebensoviel wissen als die Mitglieder der Handelskammer. Im übrigen wäre dieses Verfahren nur dann sinnvoll, wenn sich die einzelnen Mitglieder der Handelskammer bereits geäußert hätten; sonst läuft es darauf hinaus, daß deren Geschäftsführer als Sachverständ-

¹³⁵ DB 55, 869.

¹³⁶ RG v. 11. 4. 01, RGZ 48, 114 ff. (125), völlig unbestritten.

¹³⁷ GRUR 31, 278 ff.

¹³⁸ WUW 56, 785 ff.

dige über eine Rechtsfrage urteilen¹³⁹. Es ist auch zu bezweifeln, ob das Ergebnis die wirkliche Meinung widerspiegeln könnte. Die Mehrzahl der Befragten wären wohl kleinere Gewerbetreibende, die quasi als Richter in eigener Sache tätig würden. Soweit es sich um neue Werbemethoden großer Firmen handeln würde, wäre ihr Urteil sicher vom Konkurrenzinteresse mitbestimmt¹⁴⁰. Überdies ist eine Mehrheitsentscheidung für moralische Urteile nicht maßgebend, auch dann nicht, wenn man seine Anschauungen aus dem Kreise der Beteiligten schöpfen will, was noch keine sklavische Bindung an Mehrheiten bedeutet.

*III. Insbesondere: die Wettbewerbsregeln*¹⁴¹. Sie bilden einen Spezialfall der Feststellung der Sittenwidrigkeit. Es handelt sich um Regeln, die die Wirtschaftsverbände für das Verhalten ihrer Mitglieder aufstellen, um einen fairen Wettbewerb zu erreichen. Anwendungsgebiet ist allerdings meist die Preisgestaltung; doch kommen auch werberechtliche Grundsätze vor¹⁴². In dieser Hinsicht könnte das Verfahren noch ausgebaut werden; gerade die Alleinstellungswerbung, die den Kaufleuten manche Sorge bereitet, könnte hierdurch gerechte Einschränkungen erfahren. Der Verfasser sieht hier das Eingangstor für seine Idee von der unfundierten Alleinstellungswerbung¹⁴³ in die Praxis.

Das Verhältnis der Wettbewerbsregeln zum Sittenbegriff des § 1 UWG macht große Schwierigkeiten; bevor eine Klärung versucht wird, muß aber geprüft werden, wie weit Wettbewerbsregeln kartellmäßig zulässig sind. Denn sollten sie nach § 1 GgW verboten sein, müßten dies ihre Wirkung auf § 1 UWG beeinflussen, vielleicht auch aufheben.

1. Die *kartellrechtliche Seite* wird in §§ 28 bis 33 GgW geordnet. Zwar kann die Kartellbehörde die Eintragung einer Wettbewerbsregel gem. § 31 GgW ablehnen, wenn sie Bestimmungen des GgW, des UWG oder sonstige Vorschriften verletzt; damit ist aber nicht entschieden, wann ein solcher Verstoß vorliegt und welchen Einfluß die Ablehnung der Eintragung hätte¹⁴⁴. Denn durch die Eintragung ist die Gesetzmäßigkeit noch nicht festgestellt. Was nun die Gesetzmäßigkeit im Verhältnis zu

¹³⁹ So auch Reimann, in seiner heftigen Kritik der Auffassung Rheinfels', WuW 57, 620 ff.

¹⁴⁰ Auf diesen Gesichtspunkt weist Reimann, a. a. O., hin.

¹⁴¹ Vgl. außer den zum laufenden Text zitierten noch: Rheinfels, Betrieb 57, 813; Greifelt, WRP 55, 5 f.; Reimann, WRP 56, 154, 155.

¹⁴² z. B. Punkt 3 der Wettbewerbsgrundsätze des deutschen Einzelhandels, abgedruckt in WuW 56, 222.

¹⁴³ Unten, Kap. 24—29.

¹⁴⁴ Ob also die Eintragung die Wirkung hat, daß die rechtliche Unbedenklichkeit rechtskräftig festgestellt wird; dagegen spricht die Eigenart des Eintragungsverfahrens; es schafft keine Rechtskraft; die Behörde kann die günstigen Rechtspositionen der Eintragung jederzeit durch Löschung vernichten (§ 31 Abs. 3 GgW); ob sie ihre Bedenken geltend macht, steht in ihrem Ermessen (§ 31 Abs. 1 GgW), vgl. dazu den schriftlichen Bericht des Abgeordneten Ellbrächter zu § 26 des Regierungsentwurfes, BT-Drucksache Nr. 3644).

§ 1 UWG angeht, so entsteht folgendes Problem: Eine Wettbewerbsregel, die strengere Anforderungen stellt als das UWG (in objektiv richtiger Auslegung), „beschränkt den Wettbewerb“ (§ 1 GgW).

a) Daraus könnte man folgern, daß Wettbewerbsregeln nur soweit zulässig sind, als sie die Ergebnisse der Auslegung des UWG widerspiegeln. Dieser Standpunkt entspräche der Verwaltungspraxis des Bundeswirtschaftsministeriums bis zum Inkrafttreten des GgW¹⁴⁵. Er ist auch in der Literatur vertreten worden¹⁴⁶. Für diese Ansicht könnte man zwei Gesichtspunkte ins Feld führen:

1. (Vom Zweck des Kartellrechts her): Hierdurch wäre sichergestellt, daß durch Wettbewerbsregeln kein „Kartellersatz“ geschaffen wird.

2. (Vom Sinne des UWG her): Es darf den Werbenden nicht selbst überlassen bleiben, darüber zu befinden, was im Wettbewerbsleben zulässig sei; denn das UWG schützt auch Rechtsgüter der Allgemeinheit¹⁴⁷.

Wettbewerbsregeln hätten nach dieser Auffassung nur den Sinn, die Generalklausel des § 1 UWG in volkstümlicher, kasuistischer Form auf die speziellen Verhältnisse der Branche zu übertragen¹⁴⁸. Schon allein das wäre freilich ein erheblicher Vorteil¹⁴⁹.

b) Daneben stehen zahlreiche Verfasser schon für den früheren Rechtszustand¹⁵⁰ und erst recht nach Inkrafttreten des GgW¹⁵¹ auf dem Standpunkt, daß durch diese Regeln auch die Fälle der sogenannten grauen Zone geordnet werden könnten. Darunter sind solche Fälle zu verstehen, die nach den Bestimmungen des UWG, die ja auch nur ein „ethisches Minimum“ schützen, nicht verboten, aber trotzdem bei einem anständigen Kaufmann als unfair gelten, ferner Fälle, bei denen es umstritten oder zweifelhaft ist, ob sie unter die Generalklausel des § 1 UWG fallen.

¹⁴⁵ Z. B. Entschließung vom 5. 4. 56, WUW 56, 354; v. 5. 6. 56, WUW 57, 325 ff.; v. 29. 1. 57, WUW 57, 521 ff.; ebenso das BJM in einem Schreiben an das BWM vom 10. 7. 56, WUW 56, 735.

¹⁴⁶ Günter, MA 54, 350 ff.; Rasch BB 54, 510; Reimann WRP 56, 154 f.; Spengler WUW 56, 110; ferner, Fikentscher, S. 300 f., der diese Meinung als herrschend bezeichnet; die meisten seiner Nachweise beziehen sich aber auf den alten Rechtszustand; auch wird die Reihe seiner Autoritäten kürzer, wenn man bedenkt, daß mehrere Schriftsteller jeweils mit zwei Werken zitiert sind, und daß Langen zu Unrecht in Anspruch genommen wird (vgl. unt., Anm. 155).

¹⁴⁷ Vgl. oben, Kap. 3; diesen Standpunkt vertritt besonders scharf Rheinfels, WUW 57, 621 ff. (625 f.), der aber offenbar von einer allgemeinen Wirkung der WB-Regeln (auch gegen Außenseiter, vgl. dazu unten, II c) ausgeht.

¹⁴⁸ Rasch, BB 54, 510: Verbreitung gewisser rechtlicher Kenntnisse; Grosse, WUW 56, 222.

¹⁴⁹ Vgl. als vortreffliches Beispiel hierfür die Grundsätze des Deutschen Einzelhandels (Siehe Anm. 142).

¹⁵⁰ V. Brunn, Festschrift für Isay, Köln und Berlin 1956, S. 187, Spengler, Preisschleuderei, Preisdiskriminierung und Wettbewerbsregeln, Düsseldorf 1955, S. 30.

¹⁵¹ Franzen, WUW 57, 742 ff.

c) Fast unbestritten ist dagegen, daß Fälle der „weißen Zone“, also Handlungen, die eindeutig sittlich wertneutral sind, nicht verboten werden können¹⁵².

d) Grundsätzlich ist der letzteren Ansicht (Einbeziehung der grauen Zone) der Vorzug zu geben; allerdings ist der Einwand richtig, daß eine erweiterte Zulassung von Wettbewerbsregeln zu versteckten Kartellen führen könnte¹⁵³. Dieser Tendenz kann aber Rechnung getragen werden, indem man genau bestimmt, wo die graue Zone endigt. Der weiter gebrachte Einwand, daß Werbende über Wettbewerbsregeln grundsätzlich keine Gesetze schaffen können, ist hier unberechtigt, weil es ja um Einschränkungen, und nicht um die erweiterte Zulassung von Wettbewerbshandlungen geht. Es kann den Belangen der Allgemeinheit nur dienlich sein, wenn sich gewisse Gewerbetreibende freiwillig einer schärferen Zucht unterwerfen, als sie das Gesetz von ihnen fordert.

e) Die dritte und letztlich entscheidende Frage ist aber, ob Wettbewerbsregeln, die die graue Zone einbeziehen, in das System des Wettbewerbsrechts passen. Dies ist aus verschiedenen Gründen zu bejahen, was an Hand der bisher gebrachten Lösungsvorschläge erörtert sei:

V. Brunn¹⁵⁴ argumentiert, ganz vom UWG ausgehend, folgendermaßen: Im Wettbewerbsrecht sei für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit allein die Auffassung der Berufsgenossen entscheidend. Der Wille der Beteiligten könne daher beliebige Handlungen als sittenwidrig verrufen. Sobald dieser Mehrheitswille in den Wettbewerbsregeln zum Ausdruck gekommen sei, werde durch eine entgegenstehende Handlung auch die Bestimmung des § 1 UWG verletzt. Eine Wettbewerbsbeschränkung kann also nie vorliegen. Nach unserer Grundauffassung kommt es aber weder allein auf die Auffassung des Berufsgenossen an, noch schafft allein die Konvention der Rechtsgenossen Sittengesetze im Sinne des § 1 UWG.

¹⁵² In der Praxis führt freilich die von v. Brunn, a. a. O., vertretene (und unten, e, erörterte) Meinung, die Berufsgenossen, auf die es allein ankomme, könnten kraft „Konvention“ jedes beliebige Verhalten für „sittenwidrig“ erklären, zu einem anderen Ergebnis.

¹⁵³ Bei den veröffentlichten WB-Regeln spielt auffälligerweise meist die Preisgestaltung die wichtigste Rolle und die Fälle, die das BWM zum Einschreiten veranlaßten, waren meist versteckte Preiskartelle, in welchen die Unterbietung von bestimmten Richtpreisen grundsätzlich verboten wurde, obgleich die Rechtsprechung ein solches Verhalten ohne Hinzutreten weiterer Umstände nie als sittenwidrig mißbilligt hatte, vgl. B-H, Randnote 136—144 zu § 1 UWG, mit Nachw. Als solche WB-Regeln vgl.: WJW 56, 61 (KFZ-Handel), WUW 56, 61 (Handwerk), WUW 5, 325 ff. (Transportbänder, vgl. die Äußerung des BWM, die im Anschluß daran abgedruckt ist), WUW 56, 143 (HABRA, unverbindliche Preisstatistik). Ausführlich zur Frage der Behandlung der Preisbildung in den WB-Regeln: Summerer, WUW 55, 364 ff.; 58, 30 ff., der das Gebot der Preisklarheit als Bestandteil des § 1 UWG ansieht, und sich dafür zu Unrecht auf das Urteil des BGH v. 17. 12. 52, WUWE, BGH 38 ff., bezieht.

¹⁵⁴ Festschrift für Nipperdey, S. 189 ff., und schon GRUR 49, 145 ff.

Franzen¹⁵⁵ versucht die Grundsätze der Interessenjurisprudenz zur Hilfe zu nehmen. Wie weit eine Wettbewerbsregel gehen dürfe, sei regelmäßig durch eine Abwägung des „Interesses“ an der Lauterkeit des Wettbewerbs und des „Interesses“ an der Freiheit des Wettbewerbs abzuwägen. Indessen ist — von allen methodischen Einwänden abgesehen¹⁵⁶ — damit noch nicht die reine systematische Frage gelöst, wie die § 28 ff. GgW mit dem § 1 desselben Gesetzes in Einklang zu bringen seien. Die Antwort liegt in der Erwägung, daß ein Vertrag nach § 1 GgW *geeignet* sein muß, den Markt zu beeinflussen; dieses Tatbestandsmerkmal ist so auszulegen, daß unwesentliche und ungefährliche Beschränkungen der Wettbewerbsfreiheit erlaubt sind¹⁵⁷. Wettbewerbsregeln der grauen Zone beschränken den Markt nicht erheblich¹⁵⁸. Allerdings hat diese Auslegung des Tatbestandsmerkmals „geeignet“ ihre Grenze in den wirtschaftspolitischen Grundanliegen des GgW. Sonst könnte man durch gesteuerte Veröffentlichungen und Meinungsumfragen künstlich „Zweifel“ erzeugen, um diese dann durch Wettbewerbsregeln zu „schlichten“. Das Gesetz sichert die Freiheit des Wettbewerbs nicht um ihrer selbst willen; von diesem Gesichtspunkt aus wäre es unsinnig, den Wirtschaftenden zwangsweise mehr Freiheit zu geben als sie selbst haben wollen. Nach den Materialien¹⁵⁹ ist vielmehr beabsichtigt gewesen, die Intensität des Wettbewerbs — wegen seiner leistungssteigernden und preisregulierenden Wirkung — durch staatliche Maßnahmen auch zwangsweise zu erhöhen. Eine Vereinbarung kann daher nur dann nicht geeignet sein, den Wettbewerb im Sinne des Gesetzes einzuschränken, wenn dessen wirtschaftspolitische Ziele nicht entgegenstehen; das Ergebnis lautet daher: Wettbewerbsregeln, die Handlungen verbieten, welche nicht schon unter § 1 UWG fallen, sind zugelassen, wenn durch sie die Intensität des Wettbewerbs auf dem fraglichen Markt nicht eingeschränkt wird. Das ist dann nicht der Fall, wenn die durch die Wettbewerbsregeln verbotenen Handlungen

¹⁵⁵ WUW 57, 746 f.

¹⁵⁶ Es handelt sich um eine Rechtsgüterabwägung, nicht um die Entscheidung einander widerstreitender echter Interessen; eigentlich bedient sich Franzen also einer teleologischen Argumentation.

¹⁵⁷ Vgl. Langen, Das Kartellgesetz, Neuwied 1958, S. 70, 71, mit Nachweisen; Sitzungsprotokolle des wirtschaftspolitischen BT-Ausschusses, Benisch, „Ernährungswirtschaft“, 57, 99; Deringer, Sind Preisabsprachen unzulässig, auch wenn sie den Markt nicht beeinflussen? in: Biedenkopf/Cellmann/Deringer, Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechts, Heidelberg 1957.

¹⁵⁸ So Benisch, WUW 56, 649; wohl auch Dörinkel, WUW 57, 613.

¹⁵⁹ Begründung der Gesetzesvorlage der Bundesregierung, zitiert nach Lehnich, Die Wettbewerbsbeschränkung, Köln und Berlin 1956, S. 518. Vgl. auch Günther, WUW 57, 678; Generalbericht des Abg. Ellbrächter, BT-Drucksachen 3644, S. 7 (Abschn. II); Protokolle der 223. Sitzung des 2. Deutschen Bundestages, S. 13 245 (Abg. Hellwig), 13 246 (Abg. Kurlbaum), 13 247 (Abg. Dr. Erhard).

- a) in ihrer rechtlichen Beurteilung zweifelhaft oder mindestens als unfair zu bezeichnen sind *und*
- b) nicht geeignet wären, den Markt mit besserer Ware oder zu niedrigeren Preisen zu versorgen.

2. Die *wettbewerbsrechtliche Frage* geht dahin, wie und in welchem Umfang solche Regeln von den Gerichten zu beachten sind¹⁶⁰.

a) Sie sind zunächst ein Indiz für die Anschauung der beteiligten Verkehrskreise. Der Richter kann sie also zur Feststellung der Sittenwidrigkeit verwerten, besonders dann, wenn im Verfahren nach dem neuen GgW auch die nichtorganisierten Branchenmitglieder, die betroffenen Lieferanten und Abnehmer gefragt wurden und eine öffentliche Verhandlung durchgeführt worden ist, bei der jedermann Einwände vorbringen kann (§ 30 GgW)¹⁶¹.

b) Darüber hinaus sind die Mitglieder der Berufsorganisation an die Wettbewerbsregeln unmittelbar gebunden. Sie verpflichten sich (vgl. § 29 GgW), sei es durch einen gegenseitigen Vertrag, sei es als Mitglieder eines Vereins durch Beschluß der Mitgliederversammlung, die Wettbewerbsregeln einzuhalten. Wenn sie diese Selbstbindung brechen, verstoßen sie gegen die guten Sitten; denn sie brechen ein Versprechen, das sie zur Selbstdisziplinierung des Wettbewerbs freiwillig abgegeben haben. Sie holen sich so einen ungerechtfertigten Vorsprung vor den vertragstreuen Konkurrenten¹⁶², was hier als *venire contra factum proprium* um so verwerflicher wäre, als sie das Versprechen zur Förderung gerade der Berufsmoral abgegeben haben. Dieser Vorwurf ist für jeden Mitbewerber gültig. Die Handlung kann also auch von jenen

¹⁶⁰ Der BGH hat die Frage in seinem Urteil v. 16. 4. 57, WRP 57, 227, aufgeworfen, aber offengelassen.

¹⁶¹ Diese indizielle Wirkung ist unbestritten; vgl. Callmann, Randnote 202 ff., B-H Randnote 112, je zu § 1 UWG; Reimer, Randnote 1 zu Kap. 74; offenbar für schärfere Bindung: v. G-H, Anm. 8, 9 zu § 1 UWG (Konventionalregeln), Rosenthal, JW 31, 14 und sein dort zitierter Satz aus Rdnote 15 seines Kommentars zu § 1 UWG; v. Brunn mit der oben zu II, 1 e skizzierten Ansicht; Lobe, Der unlautere Wettbewerb als Rechtsverletzung, Bd. 1, Berlin 1907, S. 63 ff. Ablehnend gegen die stärkere Bindung und teilweise auch gegen die indizielle Wirkung: Reichel, AcP 127, 257 ff.: Die Ansicht führe zu einer „verdinglichung vertraglicher Abreden“: aus einer schuldrechtlichen Bindung zwischen Gläubiger und Schuldner habe nun plötzlich auch ein dritter Konkurrent einen Anspruch; hierauf hat Ulmer (Sinnzusammenhänge, S. 25) zutreffend erwidert, nicht der Vertrag habe die Kraft, plötzlich sein Band nun um die Unternehmen der Mitbewerber zu schlingen, sondern die Bestimmung des § 1 UWG, gegen die der Werbende durch seinen Vertragsbruch verstoße.

¹⁶² RG v. 24. 2. 38, JW 38, 2978 ff. (2980), OLG Hamburg v. 26. 1. 56, GRUR 56, 475, BGH ständig, zuletzt v. 21. 5. 57, GRUR 57, 558 ff.; Hefermehl in B-H, Randnote 203 ff. zu § 1 UWG. Auch die „trade practise rules“ haben keine weitere Wirkung, vgl. den Fall Gratz, zitiert im Rechtsvergl. HWB, Bd. 4, Berlin 1933, S. 695, trotzdem das Entstehungsverfahren weit mehr Sicherheit dafür bietet, daß auch die öffentlichen Interessen gewahrt werden.

Konkurrenten verfolgt werden, die selbst nicht an die Wettbewerbsregeln gebunden sind. Denn der Tatbestand des § 1 UWG ist jedenfalls erfüllt, also bleibt auch § 13 Abs. 1 UWG gegeben. Fraglich könnte höchstens sein, ob diesem Kläger die Einrede der Arglist entgegenstehe, weil er ein Verhalten verfolgt, das für ihn nicht verboten wäre. Dies wird man bejahen müssen, soweit es dem klagenden Außenseiter überhaupt möglich wäre, der Vereinbarung über die Wettbewerbsregeln beizutreten. Aber auch Unternehmen ganz verschiedener Wirtschaftszweige können im Sinne des § 1 UWG miteinander im Wettbewerb liegen¹⁶³, also *unmittelbar* verletzt werden (so daß ihr Klagerecht nicht nur aus § 13, Abs. 1 UWG folgt). Wenn sie selbst einem Verband nach dessen Satzung nicht angehören können, müssen sie trotzdem die gegen sie gerichtete Verletzung seiner Wettbewerbsregeln verfolgen können.

c) Schwieriger ist die Frage, ob die Wettbewerbsregeln auch für Außenseiter gelten. Hier kann grundsätzlich nur die indizielle Wirkung (oben a) in Frage kommen. Das Reichsgericht hat einmal den indiziellen Gesichtspunkt und den Gesichtspunkt des Vorsprungs gekoppelt und aus beiden Gründen zusammen die Handlung eines Außenseiters gegen Wettbewerbsregeln einer Gruppe verboten¹⁶⁴. Soweit reicht der Gedanke des ausge nutzten Vorsprungs aber nicht, denn der Außenseiter ist nicht gebunden. Er hat wohl einen Vorsprung, aber ohne besondere Umstände ist es nicht sittenwidrig, davon Gebrauch zu machen. Solche besondere Umstände können freilich gegeben sein, z. B. in den planmäßigen Handlungen¹⁶⁵, besonders eines einzigen Außenseiters. Im übrigen wird es Aufgabe der Kartellbehörde sein, entsprechend § 29 GgW das Entstehungsverfahren mit zu überwachen und zu fördern; sie kann dafür sorgen, daß möglichst wenig Außenseiter bleiben. Sie kann ihren Einfluß geltend machen, daß möglichst weite Kreise an den Erörterungen teilnehmen. Auf diese Weise wird sich die indizielle Wirkung steigern lassen, so daß das Problem der Außenseiter von seiner Wichtigkeit verliert. In den USA ist dieser Weg mit Erfolg gegangen worden¹⁶⁶.

¹⁶³ Vgl. B-H, Einl. vor § 1 UWG, Rdnote 134.

¹⁶⁴ RG v. 21. 4. 31, JW 31, 1916, mit abl. Anmerkung v. Zimmler, zust. aber Rosenthal, beide JW 31, 3214 f.; so auch von Brunn, a. a. O., S. 190; dagegen lehnt Reimann, WRP 56, 149 ff. (150) mit Reichel, JW 29, 1280 jede „Außenwirkung“ ab.

¹⁶⁵ Eine solche Ansicht verstieße auch gegen die sogenannte negative Koalitionsfreiheit, einen Unterfall der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), vgl. Wernicke in „Bonner Kommentar“, Anmerkung II, 1 d zu Artikel 9 GG, mit Nachw.

¹⁶⁶ Siehe, neben dem schon zitierten, die eingehende Darstellung bei Fontana, *La Disciplina della Concorrenza sleale negli Stati uniti d'America*, Mailand 1937, S. 130—135; dort (S. 132) heißt es: „le norme ivi (sc. in den trade practise conferences) convenute, una volte convenute, devenivano obbligatorie per tutta la categoria“; wie, sagt Fontana nicht; nun ist der Prozeß hier dadurch erleichtert, daß die FTC selbst berechtigt ist, gegen Handlungen der unlauter Werbenden einzuschreiten, wenn diese öffentliche Interessen berüh-

3. Reimann¹⁶⁷ stellt für den Rechtszustand vor Erlaß des GgW die Frage, ob es sich mit dem Grundrecht der Freiheit der Berufsausübung (Art. 12, Abs. 1 GG) vereinbaren lasse, daß Verbände durch Wettbewerbsregeln die wirtschaftliche Tätigkeit ihrer Mitglieder stärker beschränken als es das UWG vorsieht. Sie ist selbst dann zu bejahen, wenn man die „Drittwirkung“ der Grundrechte im Verhältnis der Verbände zum Mitglied als ebenso weitreichend ansieht als ihre unmittelbare Wirkung im Verhältnis des Staates zum Bürger. Denn Wettbewerbsregeln betreffen die Berufsausübung; sie kann durch Gesetz, im privatrechtlichen Bereich also jedenfalls auch durch Vertrag, geregelt werden. Der Wesensgehalt des Grundrechtes (Art. 19 Abs. 4 GG) oder sein Sinn und seine Bedeutung im sozialen Leben (vgl. BVerfGE 7, S. 377 ff.) werden durch Wettbewerbsregeln nicht berührt, die sich in dem oben (III, 1, e) gesteckten Rahmen halten.

Kap. 6: Was wirkt als Alleinstellung — wie stellt man das fest?

I. Die Maßstäbe¹⁶⁸. Die Werbungen können nicht nach dem Sinngehalt beurteilt werden, der sich mit den Mitteln einer grammatisch und logisch korrekten Auslegung erschlosse, sondern so, wie sie das umworbene Publikum auffaßt. Das umworbene Publikum kann sich aus einer besonders kleinen Schicht (Ärzte, Briefmarkensammler) zusammensetzen, wenn wirklich Spezialinteressen angesprochen werden und nicht gleichzeitig „public-interest-Werbung“ (vgl. gleich unten) getrieben wird¹⁶⁹. Man darf aber nicht nur darauf abstellen, wer als Käufer in Frage kommt, etwa bei teuren Automobilen nur auf die besser gestellten Schichten¹⁷⁰. Denn auch diese Werbung richtet sich an alle, denn ihr Ziel ist zwar zunächst Kaufwünsche zu erwecken, in zweiter Linie aber auch, das Produkt mit in das Bewußtsein der Allgemeinheit zu bringen.

ren (durch einen Verwaltungsakt, der ein Unterlassungsgebot enthält, freilich aber bei den Bundesgerichten anfechtbar ist, aber immerhin eine gewisse Tatsachenwirkung hat, vgl. Fontana S. 115 f.). Bei dieser streitentscheidenden Tätigkeit wendet die FTC natürlich die trade practise rules uneingeschränkt an; allerdings hat der Supreme Court die Auslegung des Begriffs unfair competition (Federal trade act, Section 5 aA) als Rechtsbegriff stets für die Gerichte in Anspruch genommen, vgl. Fontana, S. 126 f.; doch richten sich diese Urteile weniger gegen die trade practise rules mit ihrer indizierenden Wirkung als gegen die cease and desist orders der FTC (die oben erwähnten Verwaltungsakte, vgl. Fontana, S. 125).

¹⁶⁷ WRP 67, 149 ff. (151).

¹⁶⁸ Vgl. zum folgenden: B—H, Randnote 10 ff.; v. G—H, Anm. 5 b, je zu § 3 UWG, Tetzner, 1. Aufl., S. 89, Reimer, Randnote 4 zu Kap. 86; vgl. speziell zur Alleinstellung: Tetzner, JZ 53, 205 ff., Droste DB 54, 738, Bussmann-Droste, III, S. 19, 20, Sonderland BB 53, 959.

¹⁶⁹ Zu vgl. OLG Hamburg v. 29. 4. 1957, WRP 57, 334.

¹⁷⁰ Vgl. aus der werbewissenschaftlichen Literatur zu der Notwendigkeit und Wirksamkeit der Public-relations-Werbung: Hundhausen, Industrielle Publizität als Public Relations, Essen o. J. (1957), insbesondere S. 235.

Typisches Beispiel dafür sind Anzeigen für Flugzeugmotoren oder Düsenflugzeuge, die in letzter Zeit regelmäßig in großen Zeitungen erscheinen. Auch hier gehört also jedermann zum umworbenen Publikum. So ist es in den meisten Fällen, vor allem auch bei den Artikeln des täglichen Lebensgebrauchs.

Daraus folgt, daß zumeist davon auszugehen ist, wie irgendein flüchtiger Betrachter die Werbung versteht.

II. 1. Wie dies festzustellen ist¹⁷¹, ist weniger ein theoretisches als ein praktisches Problem. Es ist eine *Beweisfrage*; sie ist in Wettbewerbsprozessen häufig am stärksten umstritten. Trotzdem glaubt der Richter diese Frage meist „aus eigener Sachkunde“ beantworten zu können. Eigene Sachkunde wird das Gericht, von einfach liegenden Fällen abgesehen, vielleicht nur dann haben, wenn ein kleiner Personenkreis angesprochen wird, dessen Mitglieder die Werbung richtig durchzudenken plegen. Diese Situation kann der Richter nachempfinden. In den häufigeren Fällen der Massenreklame besteht bei der Feststellung durch eigene Sachkunde die Gefahr, daß die Gerichte „... ihre Mentalität, ihre Erfahrung, ihr kritisches Auge mit denen des kaufenden Durchschnittspublikums gleichstellen“¹⁷². Mindestens übersieht das Gericht bei einem solchen Verfahren regelmäßig die propagandistisch verstärkende Wirkung bei Massenappellen. In einer versammelten Menge erwacht das sog. Primitivbewußtsein zu besonderer Stärke¹⁷³. Wie es reagiert, kann der Richter nicht nachempfinden. Herzfeld¹⁷⁴ weist außerdem darauf hin, daß die Richter, Anwälte und Syndici bei der Beurteilung von Reklamesätzen keinen ungetrübten Blick mehr haben können: unwillkürlich fallen ihnen ähnliche, schon entschiedene Fälle ein, mit denen sie ihren Fall vergleichen. Sogenannte Erfahrungssätze haben hier aber keinen Wert, denn die Wirkung eines Slogans hängt von anderen unwägbareren Umständen ab. Eine weitere Fehlerquelle, auf die vor allem Tetzner¹⁷⁵ hinweist, ist die unkontrollierbare Wirkung der Werbung auf das Unterbewußtsein. In keinem der folgenden Beispielsfälle, soweit ihnen Gerichtsurteile zugrunde liegen, lassen die veröffentlichten Gründe erkennen, daß irgend ein Beweis über die Wirkung der Reklame erhoben worden sei. Wir stehen vor der eigenartigen Situation, daß die Gerichte

¹⁷¹ Hierzu neuerdings grundlegend Tetzner, 2. Aufl., Anm. 57 f. zu § 3 UWG, dessen Begründungen und Ergebnisse sich weitgehend mit denen des Verfassers decken, die schon vor Erscheinen des Kommentars niedergelegt waren; ein Zeichen, wie sehr die Probleme in der Luft liegen.

¹⁷² Wertheimer JW 26, 1980.

¹⁷³ Vgl. hierzu OLG Stuttgart, v. 26. 2. 53, GRUR 55, 56 (rechts, letzter Abs.), wo das Gericht völlig richtig erkennt, daß der Mensch als Adressat der Werbung „ein unsicherer Kantonist“ ist; wie kann dann immer wieder mit unbedingter Sicherheit festgestellt werden, wie er reagiert?

¹⁷⁴ GRUR 30, 1147 ff.

¹⁷⁵ 2. Aufl., Randnote 57.

in weitem Umfang „Beweis“ über die Rechtsfrage der Sittenwidrigkeit erheben¹⁷⁶, während sie bei einer schwierigen Tatfrage davon absehen.

2. Freilich spielt hier häufig ein rechtlicher Gesichtspunkt mit, der in Einzelfällen dieses Verhalten erklärt; für die Beurteilung, ob eine Angabe unrichtig ist (§ 3 UWG) kommt es schon auf einen unwahren Sinn an, den ihr „nicht unbeachtliche“ Teile des umworbenen Publikums geben. Das gleiche gilt für die vergleichende Werbung und für die „Anschwärzung“. Deshalb kann sich in diesen drei Fällen das Gericht in der Regel mit der Feststellung begnügen, daß jedenfalls ein kleiner Teil des Publikums die Werbung als Alleinstellung verstehen werde. Nun kann aber eine Alleinstellung auch aus anderen Rechtsgründen sittenwidrig sein, insbesondere, weil sie nicht erweislich wahr ist. Hier kann nicht auf die Anschauung eines nicht unbeachtlichen Teils der Umworbenen abgestellt werden, wie unten¹⁷⁷ zu beweisen sein wird. Hier wäre eine genaue Feststellung der Werbewirkung auf die Mehrheit also stets notwendig.

Aber auch soweit es bei den oben erwähnten 3 Rechtsgrundsätzen genügt, daß eine Minderheit der Umworbenen der Werbung einen unrichtigen Sinn beilegt, kann man nicht einfach aus der objektiven Mehrdeutigkeit des umstrittenen Slogans schließen, daß sich eine solche Minderheit finden werde. Denn es kann Bewußtseinslagen in der Massenpsychologie geben, die zu typischen und allgemeinen Reaktionen auf einen Slogan führen; dieser wird dann von niemand oder nur von ganz wenigen anders verstanden. Ein solcher Fall scheint mir beim unten folgenden Beispiel 14 vorzuliegen; denn die Verbraucher kennen die Bestrebungen der Waschmittelindustrie, ihre eigenen Erzeugnisse ständig zu verbessern. Deshalb wird wahrscheinlich *jedermann* die Werbung „richtig“ verstehen. Es scheint sich um eine typische Reaktion zu handeln. Bei solchen Fällen muß durch Beweiserhebung geklärt werden, ob auch nur ein kleiner Teil der Umworbenen der Werbung einen Sinn beilegt, der unzulässig ist.

3. Taugliche *Beweismittel* sind freilich schwer zu finden, und der Richter wird hier von seinem Aufklärungsrecht (§ 139 ZPO) Gebrauch machen müssen, um zu sachdienlichen Beweisangeboten zu kommen. Hierzu gehört der Augenschein. Dies gilt vor allem für Film- und Rundfunkreklame. Taugliche andere Untersuchungen sind psychologische Reihenteste mit demoskopischen Auswahlmethoden und schließlich demoskopische Umfragen selbst. Der hiergegen oft gebrachte Einwand, der Mann auf der Straße mache sich seine Gedanken erst dann, wenn er von den Meinungsforschern befragt werde¹⁷⁸, ist hier fehl am Platz. Gerade das

¹⁷⁶ Vgl. oben, Kap. 5, II.

¹⁷⁷ Kap. 29, II, 3.

¹⁷⁸ Im Rahmen der Befragung der Kaufleute über ihre Sittenanschauungen oben, Kap. 5, II — hatte dieser Einwand Gewicht; dort verfälscht es

soll er hier ja, denn auch sonst wirkt die Werbung nur spontan auf ihn. Auf die Demoskopie hat schon Herzfeld¹⁷⁹ hingewiesen. Trotzdem ist sie, soweit ersichtlich, von höheren Gerichten in den veröffentlichten Entscheidungen nur dreimal erwähnt worden: das Reichsgericht¹⁸⁰ hat in einem Fall einem derartigen Gutachten größere Beweiskraft zugeschrieben als Auskünften der Industrie- und Handelskammer. Sodann hat das OLG München am 21. 1. 56¹⁸¹ ein solches Gutachten eingeholt, allerdings wieder in einer Frage der Verkehrsgeltung. Das erste Urteil aber, das sich mit der Anwendung dieser Methode auf die Reklame und sogar schon auf die Alleinstellungsreklame befaßt, ist das des BGH über die Bezeichnung „erstes Kulmbacher“¹⁸². Hier verteidigt sich die Beklagte, welche Biere seit 1885 unter dieser Bezeichnung vertreibt, damit, jene Bezeichnung verstehe man nur noch als Herkunftsangabe. Das Berufungsgericht¹⁸³ hatte dagegen angenommen, „nicht unerhebliche Verkehrskreise“ würden hierin eine Alleinstellungsbehauptung sehen. Der BGH hat dieses Urteil aufgehoben und den Vorderrichter angewiesen, die Frage der Werbewirkung durch ein demoskopisches Gutachten zu klären.

III. 1. Unter diesen Gesichtspunkten erscheint es nicht konsequent, wenn nun die Werbewirkung an Hand von *Einzelfällen* erörtert werden soll. Damit sollen jedoch nur ungefähre Anhaltspunkte gegeben werden. Soweit es um die Anwendung der § 3, 14 UWG geht, können überdies nur sichere Verbotsfälle den zweifelhaften gegenübergestellt werden. Im Rahmen unserer Erörterungen kommt es darauf an, ob eine Werbung als Alleinstellungsbehauptung zu verstehen ist, ob sie rein normativen Charakter hat oder nicht¹⁸⁴ und ob sie offensichtlich übertreibt¹⁸⁵. Dies kann sich jeweils aus grammatischen und visuellen Gründen ergeben. Bei den ersteren kann man vier Gruppen unterscheiden: Die Komperative, die Superlative, die betonte Verwendung des bestimmten Artikels und sonstige untypische Fälle.

2. Grammatische Gesichtspunkte:

a) *Komparative* werden von der Rechtsprechung mehr und mehr als Alleinstellungen gewertet. So OLG Düsseldorf¹⁸⁶ in

das Ergebnis, wenn der Befragte seine Anschauung erst auf die Frage hin bildet, weil „Sitten“ notwendig etwas bereits Bestehendes, länger dauerndes sind; anders ist es bei Impressionen, um die es hier geht.

¹⁷⁹ GRUR 30, 1147 ff.

¹⁸⁰ Urteil v. 23. 6. 41, RGZ 167, 171 ff. (177 f.).

¹⁸¹ MA 56, 716 ff.; dort wird auch eingehend erörtert, daß dieser Beweis als Sachverständigenbeweis zulässig ist.

¹⁸² BGH v. 28. 1. 57, GRUR 57, 285 ff.

¹⁸³ OLG Hamburg, v. 9. 3. 55, WRP 56, 46.

¹⁸⁴ BGH v. 28. 1. 57, GRUR 57, 285 ff.

¹⁸⁵ OLG Hamburg v. 9. 3. 55, WRP 56, 46.

¹⁸⁶ v. 14. 12. 54, GRUR 55, 427.

Beispiel 10:

„Elektrolux ist besser, besser kauf Elektrolux“.

Richtig auch die „Zentrale“¹⁸⁷ in

Beispiel 11:

„Müller bietet mehr (klein gedruckt:) als Sie vermuten“.

Der Fall kann gleichzeitig als Beispiel für die visuelle Seite der Werbewirkung gelten. Die Zentrale stellt richtig nur auf den großgedruckten Teil der Anzeige ab. Dieser isolierte Komparativ läßt wahrscheinlich in „nicht unerheblichen Verkehrskreisen“ die Ergänzung „als alle anderen“ aufsteigen. Gegenteiliger Ansicht ist der Gutachterausschuß für Wettbewerbsfragen¹⁸⁸

für

Beispiel 12:

„Tragen sie nur X-Lodenmäntel, es gibt keine besseren“.

Diese Beurteilung ist äußerst zweifelhaft, denn im Zusammenhang mit der Aufforderung, nur dieses Fabrikat zu verwenden, drängt sich die Wirkung einer Alleinstellungsbehauptung doch wohl auf. Man wird daher meist mit dem OLG Hamburg eine Wirkung als Alleinstellung annehmen müssen¹⁸⁹.

Auch hier sind eindeutige Fälle denkbar:

Beispiel 13:

„Es gibt nichts besseres — sonst würden wir es herstellen“.

Hier wird der eigentliche Sinn (gleichwertige Erzeugnisse sind möglich) durch den zweiten Halbsatz „erschlagen“ durch den man den Eindruck gewinnen muß, hier handle es sich um die tüchtigste Firma.

Zweifelhaft sind Fälle, in denen ein Fortschritt in der eigenen Leistung angekündigt wird:

Beispiel 14:

„Nie gab es ein besseres Sunil“.

b) Auch *Superlative*¹⁹⁰ können Alleinstellungen anzeigen; sie müssen dies nicht notwendig. Dies kann sich aus geschichtlichen Erwägungen ergeben. So hat der BGH¹⁹¹ im Falle des

Beispiel 15:

„Erstes Kulmbacher“.

mit Recht bezweifelt, ob hier eine Alleinstellungsbehauptung (etwa in bezug auf die Größe oder das Alter des Unternehmens oder die Qualität des Bieres) vorliege. Da die Beklagte ihr Bier seit über 70 Jahren so nenne, komme es darauf an, ob die Verbraucher diese Bezeichnung nicht als bloße Herkunftsangabe verstünden. —

¹⁸⁷ DW 54, Nr. 9, S. 4.

¹⁸⁸ Gutachten Nr. 15/50, Ebenso B-H, Randnote 26 zu § 3 UWG.

¹⁸⁹ Dahingestellt von OLG Düsseldorf, v. 5. 4. 57, WRP 57, 179.

¹⁹⁰ Vgl. dazu allgemein: LG Stuttgart v. 26. 2. 53, GRUR 55, 56 (letzter Abs., rechts); Arras NJW 54, 1910 ff., Droste, DB 54, 736; Sonderland, BB 53, 958 ff.; Tetzner, JZ 53, 205 ff.; v. Rützen-Kositzkau, NJW 55, 330 und ÖJZ 56, 589 ff.; B-H Randnote 19—25 zu § 3 UWG.

¹⁹¹ Urteil v. 28. 1. 57, GRUR 57, 285 ff.

Beispiel 16:

„Versilberte Bestecke in bester Qualität“¹⁹².

Hier haben wir es mit einer jener häufigen Qualitätshinweise auf ein Spitzenerzeugnis zu tun, bei denen der Leser schon selbst „genug Wasser in den Wein schüttet“¹⁹³. Superlative mit Artikeln müssen ebenfalls nicht stets eine Alleinstellungswerbung sein, vgl. dafür zwei Zeitungstitel:

Beispiel 17:

„Das Beste aus Readers Digest“.

Beispiel 18:

„Das Schönste“

(Seltener Fall eines reinen Werturteils, die bisherige Anschauung würde also nicht von einer Alleinstellung sprechen)¹⁹⁴. Eine echte Alleinstellungsbehauptung scheint in

Beispiel 19:

„Nimm das Beste — nimm X-Mehl“¹⁹⁵

vorzuliegen.

Vereinigen sich Superlative mit weiteren Hinweisen, die auf eine Alleinstellung schließen lassen, so werden sie auch im allgemeinen als solche wirken. So in den folgenden drei Beispielen:

„Die erste Gardine mit der Garantie: kein Spannen, kein Bügeln, kein Einlaufen mehr“¹⁹⁶.

Beispiel 21:

„Der große Erfolg ... die kleinste Wenta! Lautstärke und Klangfülle ohnegleichen“¹⁹⁷.

Beispiel 22:

„Walburga ist das Vollkommenste, was auf dem Gebiet der Nähmaschine überhaupt hergestellt wird“¹⁹⁸.

Dieser Fall grenzt schon beinahe an „sittenwidrige Marktschreierei“.

c) Der *bestimmte Artikel* kann durch die Betonung oder durch graphische Mittel so hervorgehoben werden, daß eine Alleinstellungswir-

¹⁹² AG Solingen v. 4. 4. 57 DW 57, 88 (sollen Alpaka-Unterlage haben, sonst § 3 UWG verletzt).

¹⁹³ B-H, Randnote 22 zu § 3 UWG; dazu muß er freilich schon beim Lesen der Reklame in der Lage sein, nicht erst nach der praktischen Erprobung der angepriesenen Ware (denn sonst ist er ja schon getäuscht): LG Düsseldorf, v. 28. 10. 52, GRUR 53, 182 ff.; vgl. auch RG MUW 12, 356: „Waren aus bestem Material und gediegenster Arbeit.“

¹⁹⁴ Vgl. oben Kap. 2, III, 2.

¹⁹⁵ Gutachten der „Zentrale“, DW 57, 98 (unzulässige Alleinstellung).

¹⁹⁶ OLG Düsseldorf v. 5. 4. 57, WRP 57, 179.

¹⁹⁷ „Erlanger Nachrichten“ v. 2. 7. 52, Fall des Beschlusses des OLG Nürnberg v. 5. 3. 53, 3 U 203/52.

¹⁹⁸ Fall der Zentrale, DW 57, 31.

kung entsteht. Hier ist jedoch besondere Vorsicht geboten. Ohne Beweis-erhebung wird man selten auskommen. Dies gilt auch für

Beispiel 23:

„Das Sanitätsgeschäft in X-Stadt für Leibbinden“.

Die „Zentrale“¹⁹⁹ hat es abgelehnt, ihn als Alleinstellungsbehauptung anzusehen. Der Artikel war nicht hervorgehoben. Immerhin bleibt zu erwägen, ob die beigefügte Warengattung und die Bezeichnung „Fach-geschäft“ nicht eine andere Betrachtung möglich machen. Abzulehnen ist die Entscheidung des OLG Köln²⁰⁰ im Falle des

Beispiel 24:

„Jean Marie Farina, das echte Eau de Cologne“.

(keine besondere Hervorhebung, kein Großdruck, Schlußworte einer ganzseitigen Bildannonce²⁰¹). Hier schlägt wohl schon der Gesichtspunkt durch, den die Zentrale in dem oben zitierten Fall hervorhebt: muß gerade der Hersteller solcher Waren, die für ein anspruchsvolles Publi-kum bestimmt sind, eine sprachliche Unebenheit („ein echtes Eau des Cologne“) auf sich nehmen, um einer silbenstecherischen Sittenstrenge Genüge zu tun? Ferner: Kann man durch derartige grammatische Regeln den Sinn einer Werbemaßnahme erfassen? Muß der Werbende wirklich in einer übernüchternen Art selbst darauf hinweisen, daß es noch andere Waren der gleichen Gattung gibt?

d) (Sonstige Bezeichnungen). Zunächst gibt es Worte, deren Sinn grund-sätzlich eine Alleinstellung vermuten läßt, so das Adverbiale „nur“ und das Adjektiv „einzig“.

Beispiel 25:

„Lord — die einzige Filterzigarette mit mehr als 50 % Nikotinentzug“.

Hier handelt es sich um eine präzise Qualitätsangabe, die eindeutig nur für den Werbenden zutreffen soll. Auch hier gibt es keine Rezept-lösung: Satzverbindungen, wie „einzig dastehend“, „einzig in seiner Art“, „einzigartig“, können als Übertreibungen verstanden werden. —

Beispiel 26:

„Für hartes Wasser nur Flamil“²⁰².

Derartige Aufforderungen sind an sich keine Behauptungen; fraglich ist nur, ob sie vom umworbenen Publikum als reine Aufforderung ver-

¹⁹⁹ DW 57, 22.

²⁰⁰ v. 25. 2. 53, GRUR 53, 396 ff. gebilligt v. B-H Randnote 26 zu § 3 UWG.

²⁰¹ Das Urteil beschäftigt sich noch mit einer zweiten Spielart der Anzeige, die man mit mehr Recht als Alleinstellungswerbung betrachten kann; von dieser Anzeige wird im folgenden nicht gesprochen; auch kann dahingestellt bleiben, ob der Hilfsbegründung des Urteils zuzustimmen ist, der Zusatz „echt“ lasse vermuten, daß es sich um ein in Köln hergestelltes Produkt handle.

²⁰² Von Sonderland, BB 53, S. 958 ff. (959) und B-H, Randnote 26 zu § 3 UWG, als Alleinstellung betrachtet.

standen werden; hierüber wäre Beweis zu erheben. Wird dagegen eine Behauptung mit dem Wort „nur“ gekoppelt („X bekommen sie nur bei mir“), so handelt es sich meist um eine eindeutige Alleinstellungswerbung. Mit dem Slogan des

Beispiel 27:

„Weil fürs Haar — nur beim Friseur zu haben“.

wäre eine Alleinstellungsbehauptung des Inhalts, daß Haarpflegemittel generell nur beim Friseur erhältlich seien, nur dann verbunden, wenn das Publikum das Gegenteil nicht genau wüßte. So aber ist der Wunschcharakter dieses Satzes für jeden erkennbar. Übrig bleibt freilich auch eine „Alleinstellungsbehauptung“²⁰³ nämlich, daß Wellaform nur beim Friseur zu haben sei.

Ein weiteres typisches „starkes“ Wort soll nach einem Urteil des OLG München²⁰⁴ die Vokabel „unübertrefflich“ sein, die der Verkehr stets als Alleinstellungsbehauptung verstehe. In Wirklichkeit handelt es sich hier meist um eine Übertreibung.

Von den „untypischen“ Alleinstellungsbehauptungen wollen wir zunächst die übrigen „Aufforderungen“ behandeln. Auch eine erkennbare Aufforderung kann ausnahmsweise eine Alleinstellungsbehauptung sein, weil sie durchschimmern läßt, es handele sich um das beste Erzeugnis.

Beispiel 28:

„Don't say Whisky, say Johnnie Walker“.

Der erste Halbsatz bedeutet doch, man solle statt Whisky überhaupt nur „Johnnie Walker“ sagen, weil er offenbar der einzige richtige Whisky ist²⁰⁵.

Eine andere Alleinstellung liegt m. E. in folgendem

Beispiel 29:

„Eterna Matic — das letzte Wort in Uhren“²⁰⁶.

Zweifelhaft und beweisbedürftig ist

Beispiel 30:

„Die Pfalz schwört auf X“²⁰⁷.

Dieser Werbesatz ist ebensowenig in ein System zu bringen, wie etwa

²⁰³ Die in Wirklichkeit keine ist, vgl. oben, zu Anm. 37.

²⁰⁴ v. 10. 1. 57, WRP 57, 141.

²⁰⁵ Der Fall liegt ähnlich wie der des OLG Hamburg, Urte. v. 8. 7. 53, GRUR 53, 533 ff.: „Sieh alle Möbellager durch und kaufe dann bei Schulenburg“; vgl. noch: „In jeder Küche Maggi“ (Aus Sonderland, a. a. O.). Hier scheint der Alleinstellungscharakter zweifelhaft.

²⁰⁶ Spiegel, Nr. 49/53. Ähnlich: „Das führende Haus in der X-Branche“ (Fall der Einigungsstelle der IHK München, Gutachten v. 6. 9. 57, BB 57, 1246).

²⁰⁷ Fall der Zentrale, die in DW 57, 67 annimmt, daß keine Alleinstellungsbehauptungen vorliegen.

Beispiel 31:

„X-Ware, wie sie noch keiner kannte“²⁰⁸.

Man kann hier jedoch eine andere Parallele ziehen: Möglicherweise wird dieser Satz als Behauptung eines Fortschritts in der eigenen Leistung verstanden.

In vielen Fällen sehen Gerichte in der Verwendung des Wortes „echt“ eine Alleinstellungsbehauptung; diese Fälle gehören zu den zweifelhaftesten. Wahrscheinlich werden die meisten Umworbenen hier nur einen Qualitätshinweis sehen; anders freilich das OLG Köln²⁰⁹ für

Beispiel 32:

„Urecht Kölnisch Wasser“.

Mag sein, daß der Verkehr hier anders reagiert, weil noch eine verstärkende Vorsilbe verwendet wurde.

Schließlich wäre es noch denkbar, daß auch der allzu selbstverständliche Gebrauch eines Eigenschaftswortes in der Grundform einmal die Wirkung einer Alleinstellung haben könnte.

Dies nimmt der BGH²¹⁰ für

Beispiel 33:

„Bielefelds große Zeitung“

an. Der Vorderrichter war anderer Ansicht.

2. Visuelle Gesichtspunkte: Da es auf den flüchtigen Beobachter ankommt, müssen unauffällige Berichtigungen oder Ergänzungen gegenüber einer großgedruckten Angabe unbeachtlich sein²¹¹. Als Beispielsfall kommt das obige Beispiel 3 in Frage. Dort folgte in dem neuen Plakat der sechs Vereinsmitglieder unter der großgedruckten Überschrift „Wiener Buchmacher“ die Ergänzung „in Verband der behördlich konzessionierten Buchmacher Österreichs“. Der OGH hat mit Recht diesen Zusatz außer Acht gelassen.

Kap. 7: Das alte Werberecht vor der neuen Gesellschaftsstruktur

I. Heutige soziologische Funktion der Reklame. Es hat Gesellschaftstypen gegeben, in denen der Markt²¹² ein Mittelpunkt des gesellschaft-

²⁰⁸ Fall der Zentrale, DW 57, 62.

²⁰⁹ Urteil v. 15. 1. 54, GRUR 56, 563 ff.

²¹⁰ v. 16. 4. 57, GRUR 57, 600 ff., mit zustimmender Anm. von Heydt.

²¹¹ Vgl. OLG Hamburg, v. 2. 8. 56, WRP 56, 338, RG v. 20. 1. 41, MUW 41, S. 65, Burmann III, S. 20.

²¹² Der Begriff des „Marktes“ ist in der Volkswirtschaft stark umstritten; vgl. Meyer-Cording, Monopol und Marktbeherrschung als Rechtsprobleme, Tübingen 1951, S. 26 f. Der dortige Definitionsversuch: „Die Begegnung von Angebot und Nachfrage für eine bestimmte Ware oder Leistung“ kann in dem soziologischen Sinne der hier gebrachten Erörterungen ebenfalls gebraucht werden; er ist hier zugrunde gelegt.

lichen Lebens eines Gemeinwesens war²¹³, aber immerhin ein räumlich, zeitlich und auch gedanklich begrenzter Mittelpunkt. Räumlich, weil er auf bestimmte Plätze konzentriert war, wo sich Angebote und Nachfrage allgemein ausglich. Zeitlich, weil die wirtschaftliche Tätigkeit nicht den ganzen oder überwiegenden Teil des menschlichen Lebens ausfüllte; gedanklich, weil dem überwiegenden Teil der Gesellschaft auch noch andere Dinge und Vorstellungen wichtig waren und ihn zum Einsatz seiner Energie veranlaßten; solche anderen Zentralpunkte der gesellschaftlichen Einsatzfähigkeit waren etwa Religion und Patriotismus.

Heute befindet sich Westdeutschland in einer fortschreitenden Entwicklung auf eine Allpräsenz des Marktes, die schon weit früher begonnen hat²¹⁴ und auch nicht auf sein Gebiet beschränkt ist (welche beide Umstände hier aber vernachlässigt werden können); räumlich, weil über das ganze Land verteilt alle Produkte zu gleichen Preisen zu haben sind (Versandgeschäfte, Markenartikel), so daß das Warenangebot allpräsent ist, und weil dem Verbraucher überall in der Öffentlichkeit und in fast jeder Lebenslage Werbeäußerungen gegenüberstehen, denen er gar nicht enttrinnen kann, so daß die Werbung allpräsent ist; zeitlich, weil der Mensch den überwiegenden Teil seines Lebens damit verbringt, für seine Bedarfsdeckung zu sorgen und sie auszuführen und weil er innerlich stets neue Aufforderungen zur Bedarfsdeckung und Einflüsterungen, die neue Bedarfswünsche erwecken, gegenübergestellt ist; gedanklich, weil die private Bedarfsdeckung heute für die Massen eingestanden oder noch uneingestanden das wesentliche Lebensprinzip zu sein scheint. Zum Teil erklärt sich diese Erscheinung aus der verstärkten Mobilisierung²¹⁵ und Industrialisierung der Bevölkerung. Teilweise ist sie aber eine Folge der allgegenwärtigen Reklame, die stets neue Bedürfnisse weckt. Durch sie ist die Bedarfsdeckung zu einem gesellschaftlichen Hauptthema und zwar — etwa von Wahlzeiten abgesehen — der einzigen stets präsenten und im gesellschaftlichen Leben sofort visuell erkennbaren öffentlichen Meinungsäußerung geworden. Der allpräsente Markt ist also ein wesentlicher integrierender Faktor unserer Gesellschaft geworden²¹⁶.

²¹³ Beispiel: Die Agora Athens, wie sie sich in des Aristophanes Komödien darstellt; der Markt deutscher Städte des Spätmittelalters und der beginnenden Neuzeit.

²¹⁴ Der Historiker Heer („Zur geistigen Orientierung der Werbeberufe in unserer Zeit“, Vorträge der Bundestagung BDW 1956, S. 7 ff.) läßt sie in der Krisensituation des Barocks beginnen, in der die ersten Großplaner und Massenpropagandisten auftraten. Dies erst habe den *geistigen* Raum für die späteren großen Wirtschaftssysteme des 19. Jahrhunderts geschaffen.

²¹⁵ Mobilisierung im soziologischen Sinn, also in dem einer verminderten Selbsttätigkeit. Mobilisierung und Industrialisierung fördern die Entwurzelung aus alten Gesellschaftsstrukturen und damit die Abwendung von anderen als kommerziellen Interessen.

²¹⁶ Heer (vgl. Anm. 214) sieht das Phänomen in einem größeren Zusammenhang und spricht von einer allumfassenden Welt der Planung, deren Mit-

Die Werbung ist Hauptmittel und Hauptausdruck dieses Zustandes; sie erweckt neue Bedürfnisse²¹⁷ und ist insoweit Antrieb zu neuer wirtschaftlicher Tätigkeit. Außerdem ist sie — rein äußerlich gesehen — die umspannendste Form der öffentlichen Meinungsäußerung²¹⁸. Sie beeinflußt also nicht nur das Handeln, sondern auch Sprach- und Denkformen²¹⁹. Dabei bedient sie sich in zunehmendem Maße der Tiefenpsychologie, der Massenpsychologie und der modernen Soziologie, um ihre Werbemaßnahmen besser zielen zu können. So werden plötzlich neue Märkte gewonnen. 25jährige werden davon überzeugt, sie müßten Haarwasser benützen und dem Durchschnittsdeutschen wird eingepflegt, ohne Kamera könne er nicht mehr vollgültig leben; eine zielbewußte Reklame bringt den Herrentaschenschirm in Mode, weil man ohne ihn nicht als Gentleman gelten dürfe.

Die soziologische Bedeutung der letzteren Techniken ist letzthin in einem amerikanischen Buche²²⁰ eingehend und vielleicht eher journalistisch, aber mit viel Anschauungsmaterial gewürdigt worden. Die enorme Wirksamkeit moderner werbepsychologischer Methoden ist darin eindrucksvoll beschrieben.

II. Damit wurde schon angedeutet, über welche *Mittel* die Reklame heute verfügt; wir stellen hier einen Dualismus fest, der zunächst eigenartig anmutet. Einmal wird mit oft fast pedantisch-sachlichen Vernunftgründen geworben; man beschreibt das Erzeugnis genau und legt seine echten Vorteile dar. Wahrheit und Sachlichkeit sind für Hundhausen ein wichtiges Hauptprinzip der Werbung. Der „Unterrichtungsfunktion“ der Werbung räumt er großen Platz ein²²¹.

Auf der anderen Seite ist heute die „unsachliche“ Werbung weit verbreitet, die den Konsumappell entweder auf Nebensächlichkeiten stützt oder auf eine rationale Begründung völlig verzichtet und dafür unbewußt Begehrens- und Wunschvorstellungen, Komplexe ausnutzt, um neue Bedürfnisse zu erwecken und ganz einfach Sympathie für das neue

tel die Propaganda ist (a. a. O., S. 7, 26, 33). Werbung als Mittel der Wirtschaftsplanung wäre mithin nur ein Unterfall einer noch umfassenderen soziologischen Erscheinung, zusammen mit public relations, außen- und innenpolitischer Propaganda, religiösen und sektiererischen Missionsfeldzügen.

²¹⁷ Vgl. Hundhausen, Wesen und Formen der Werbung, Essen 54, S. 76 f.

²¹⁸ Vgl. zur Allpräsenz der heutigen Massenwerbung auch Cramer, Die Polarität der Werbung, Mannheim 1956, S. 2—9.

²¹⁹ Ein interessantes künstlerisches Zeugnis hierfür ist der deutsche Film „Jonas“ von Walter Dornik, einem Psychiater. Der Held, dessen ständigen inneren Monolog wir mithören, denkt immer wieder in Splintern von Werbeslogans. Das literarische Vorbild der Gattung, James Joyce's Ulysses, ist von solchen Einflüssen noch fast völlig frei.

²²⁰ Vance Packard, The Hidden Persuaders, 1957; deutsch: Die geheimen Verführer, Düsseldorf 1958.

²²¹ Wesen und Formen der Werbung, Essen 1954, S. 102; so auch Marbe, Psychologie der Werbung, Stuttgart 1927, S. 118 f.

Erzeugnis zu erwecken. Wieder muß auf Packards instruktive Stoffsammlung, im übrigen aber auf die eingehendere Erörterung oben zu Kap. 4, III hingewiesen werden.

Die Spannung zwischen den beiden Werbeformen löst sich bei der Überlegung, daß die Werbung eben den ganzen Menschen als Angriffsobjekt haben kann und will. Sie setzt da an, wo es ihr am günstigsten erscheint. Sie bevorzugt, so scheint es dem Verfasser, rationelle Erwägungen bei der Werbung für technische Produkte und der Werbung für und mittels der Leistungsfähigkeit des Gesamtunternehmens („ältestes“, „größtes“ Fachgeschäft). Unbewußte und Gefühlsbereiche spricht vor allem die Werbung der Konsumgüterindustrie, und hier wieder in der absatzfordernden Funktion²²² an.

III. Die *Macht* der modernen Reklame folgt schon aus dem oben zu I und II Gesagten. „Macht“ will hier heißen, daß die Reklame heute in besonderem Maße geeignet ist,

1. neue Bedürfnisse zu erzeugen,
2. den Kaufentschluß zu beeinflussen (gezielte Wirkungen),
3. durch den Griff an das Unterbewußte die Denkstruktur des Menschen zu beeinflussen (ungezielte Wirkung).

Diese besondere Anfälligkeit der heutigen Massen für die Reklame beruht auf der oben erörterten Erscheinung der Allpräsenz des öffentlichen Marktes und der Reklame, der man nicht entinnen kann. Dies wieder folgt neben ihrer Allpräsenz aus der Verfeinerung ihrer Mittel, auf die wir ebenfalls schon hingewiesen haben. Die Werbung der großen Firmen hat dadurch, daß sie psychoanalytische Methoden benutzt und nach soziologischen Auswahl- und Einsatzgesichtspunkten²²³ vorbereitet und daß sie in ihrer Wirksamkeit ständig durch Umfragen kontrolliert wird, eine erhebliche Wirkungssteigerung erfahren. Man kann nicht mit Erfolg einwenden, daß viele Menschen in einer bewußten Abwehrstellung gegen die Reklame lebten („das ist ja alles nur Reklame“). Diese freilich noch oft gehörte Reaktion auf den Werbestil der Gründerzeit haftet an der Oberfläche. Im Unterbewußtsein wird auch diese Schicht ergriffen. So pflegt der durchschnittliche Bürger ja auch alle politische Propaganda in seinem Bewußtsein abzuwerten. Bei den Wahlen bildet sich der Massenwille, wie die jüngste Zeitgeschichte lehrt, aber trotzdem nicht auf Grund rationeller Auswahl unter den sachlichen Argumenten oder Absichten der Parteien, sondern nach den unbewußten Reak-

²²² Oben, Anm. 236 a, im übrigen vgl. Hundhausen, a. a. O., S. 76, v. Holzschuher, Psychologische Grundlagen der Werbung, Essen 1954, passim, insbes. S. 116 ff.

²²³ Genaue Erforschung des Käuferkreises und seiner Mentalität, s. Venohr, Werbliche Psychologie, Berlin 1954, S. 12 f.

tionen auf gläubig hingenommene Versprechungen, unbewiesene Behauptungen und unsachliche Schreckensmalerei²²⁴, wie vor 1933, obgleich man dem früheren Stil im Bewußtsein abgeschworen hat. Man ist sogar versucht zu sagen, daß die Massen die unsachlichste Propaganda geradezu suchen und nur auf sie hören, weil sie gleichzeitig diejenige sein wird, die die geringsten Ansprüche an das Denkvermögen stellt.

Die Beeinflußbarkeit durch die propagandistische Führung liegt in der Struktur der Massengesellschaft. Man kann ihr als ihr Teil nicht entkommen. Im wirtschaftlichen Raume beweist das experimentell jeder neue Massenartikel, der sich in einen genügend versorgten Raum einschieben kann („der neue Seifentyp“, eine „Zahnpasta mit völlig neuen Eigenschaften“). Wenn die Werbung für das noch unbekannte neue Produkt keinen Anklang fände, könnte sich dieses ja nicht durchsetzen. Bei bekannten Produkten kann eine neue, packende Werbung den Umsatz vielfach auf erstaunliche Weise heben²²⁵.

IV. *Insbesondere: die Alleinstellungsreklame.* Auch sie kann beide Funktionen einer modernen Reklame haben. Sie ist einmal imstande, den rationell begründeten Kaufentschluß besonders stark zu beeinflussen. Dies gilt besonders dann, wenn sie sich unmittelbar auf die Leistung selbst bezieht. Dabei ist die Wirkung gleich groß, wenn die Leistung als die überhaupt beste bezeichnet oder wenn ein Teilaspekt der Leistung herausgestellt wird, den das Publikum als besonders wichtig ansieht. Außerdem wirken solche Schlagwörter auf irrationale Kauftriebe; sie sind geeignet, den Herdentrieb²²⁶ zu wecken. Sie sind ferner, in geschickter Weise vorgetragen, außerordentlich geeignet, zu „imponieren“ und Zutrauen zu erwecken, weil sich der Massenmensch stets zu dem „Stärksten“ hingezogen fühlt²²⁷.

²²⁴ Vgl. Gustave Le Bon, *Psychologie der Massen*, hier zitiert nach Kröners Taschenausgabe, Stuttgart 1950, S. 103 ff.

²²⁵ Vgl. die Beispiele bei Haese, *Höhere Umsätze durch das packende Wort*, Reutlingen o. J. passim.

²²⁶ Vgl. v. Holzschuher, *Psychologische Grundlagen der Werbung*, passim, insbesondere S. 286. Dies gilt vor allem für Behauptungen wie „meistgekauft“, „größter Umsatz“ (Beispiel 62, 64). Le Bon verweist auf die „Wirkung“, welche die „Ansteckung“ auf die Massenseele haben kann (a. a. O., S. 105). „Unter den Massen übertragen sich Ideen, Gefühle, Erregungen, Glaubenslehren mit ebenso starker Ansteckungskraft wie Mikroben“, heißt es bei ihm (S. 105). Behauptungen, die darauf hinweisen, daß alle oder die meisten ein bestimmtes Bedürfnis in einer bestimmten Weise decken, können einen solchen Prozeß beschleunigen.

²²⁷ Le Bon, S. 97. Eine Behauptung wie „Der Welt größtes Fotohaus“ erzeugt ein hohes Prestige. Über die Wirkungen des Prestiges („Nimbus“) auf die Massen finden sich bei Le Bon ebenfalls instruktive Beispiele (S. 109 ff.).

Zweiter Hauptteil

Die verbotene Alleinstellungswerbung

A. Die Alleinstellungswerbung als Eingriff in absolute Rechte

Kap. 8: Die vergleichende Werbung; Allgemeines

I. *Grundsatz.* Vor Ende des zweiten Weltkrieges sind Stimmen, die in der Alleinstellungswerbung auch einen unzulässigen Vergleich sahen, nur selten laut geworden. Dabei hatte die Rechtsprechung und Rechtslehre diese Werbungsform im Grundsatz längst geächtet¹. Heute kann als allgemeine Meinung gelten, daß diejenige Werbung, „die die eigene Ware oder gewerbliche Leistung der Waren oder gewerblichen Leistung des Mitbewerbers ... gegenüberstellt“² sittenwidrig und daher, unter den weiteren Voraussetzungen dieser Vorschrift, nach § 1 UWG unzulässig ist.

II. Bisherige Begründungen

1. Die herrschende Meinung sieht im Vergleich einen Verstoß gegen § 1 UWG; die Sittenwidrigkeit wird darin gesehen, daß sich der einzelne in anmaßender Weise „zum Richter in eigener Sache“³ mache, obgleich ihm ein Urteil über seine eigenen Leistungen nicht zustehe. Für diese Begründung beruft man sich zu Unrecht auf Kohler⁴. Soweit sie nicht

¹ Vgl. : RG v. 11. 3. 27, RGZ 116, 227; OLG Hamm v. 17. 11. 28, MUW 29, 519; KG v. 3. 7. 30, GRUR 30, 1123 und die übereinstimmende spätere Praxis, die diese zunächst nur für den Warenvergleich entwickelten Grundsätze auf jedes andere tertium comparationis übertrug, vgl. schon KG, a. a. O., das RG folgt dem in MUW 31, 627; aus der Rechtsprechung nach 1945: LG Braunschweig v. 15. 8. 47, GRUR 48, 120 LG Wuppertal v. 21. 11. 47, MDR 49, 229, und schließlich BGH v. 8. 4. 52, LM Nr. 7 zu § 1 UWG. Aus der Literatur vgl. u. a.: Lobe, MUW 16, 129 ff., Kohler MUW 16, 128; Lehmann, JW 27, 2002, Rosenthal, Randnote 39 zu § 1 UWG, Schramm, GRUR 29, 1380; Daffis, GRUR 31, 811; Callmann, Randnote 70 zu § 1 UWG, Reimer, Kap. 78; B-H Randnote, 71 ff. zu § 1 UWG, Tetzner, 1. Aufl., S. 70 (beachte aber die dort gehegten Zweifel!) Nerreter, GRUR, 33, 8 ff.

² Nach D. Reimer, S. 8, der aber eine Gegenüberstellung „in herabsetzender Weise“ für nötig hält; das ist eine unnötige, sonst nicht vertretene Einschränkung.

³ Vgl. RGZ 116, 277; RG MUW 31, 627; diese Begründung haben übernommen: B—H, Randnote 23, G—H, Anm. 30 b, je zu § 1 UWG, D. Reimer S. 20 (unter Abschn. 3).

⁴ Kohler (a. a. O.) sieht es nicht als grundsätzlich sittenwidrig an, wenn sich der Werbende „zum Richter in eigener Sache aufschwingt“; er folgert nur,

noch weiter, etwa mit Gesichtspunkten aus der Theorie des Leistungswettbewerbs ausgebaut wird⁵, ist sie von vornherein unhaltbar; das „Richten in eigener Sache“ ist bei jeder Werbung notwendig; wäre es verboten, könnte man nicht einmal mehr mit seiner eigenen Leistung werben. Denn wenn man diese als gut bezeichnet, richtet man schon in eigener Sache⁶.

2. Man hat die Sittenwidrigkeit auch damit begründen wollen, daß sich der Vergleich den *Anschein falscher Objektivität* gebe, die er in Wirklichkeit gar nicht haben könne; dadurch bestehe die Gefahr einer Irreführung des Publikums⁷. Diese Ansicht geht an den tatsächlichen Verhältnissen vorbei; meist enthalten die vergleichenden Werbungen recht gehässige und deutliche Spitzen gegen die Konkurrenz. Wo ausnahmsweise der Schein der Objektivität gegeben sein sollte, nimmt ihn aber bestimmt niemand ernst. Denn wenn die Leistungen des Werbenden mit denen der Konkurrenz verglichen werden, erwartet niemand ein Gerichtsurteil.

3. Die dritte Begründung ist die mit dem Prinzip vom Leistungswettbewerb⁸. Auch sie ist nicht folgerichtig. Denn diesem widerspricht der Vergleich nicht, im Gegenteil: nie wird die eigene Leistung intensiver herausgestellt, als wenn erklärt wird, sie brauche den Vergleich mit der Leistung der Konkurrenz nicht zu scheuen, sie sei größer als diese. Folgerichtig läßt die schweizerische Rechtsprechung, die ebenfalls auf dem Boden der Leistungstheorie steht, den Vergleich zu⁹. Es läge geradezu in der Notwendigkeit eines reinen Leistungswettbewerbs, daß man sich am Stande der Leistung des Konkurrenten ausrichtet und ihn zu überreffen versucht.

Vor allem aber ist oben nachgewiesen worden, daß das Prinzip des Leistungswettbewerbs nicht mehr der Rechtswirklichkeit, dem sittlichen Empfinden der Allgemeinheit und dem Geiste unserer Rechtsordnung entspricht. Damit ist dieser Begründung der Boden entzogen.

daß dem Werbenden aus diesem Verhalten besondere Pflichten erwachsen. Er stellt dabei besonders auf die Form der Werbung ab; die vorliegende Arbeit kann ihn mit mehr Recht für ihre Auffassung von der Alleinstellung als sittenwidriger Marktschreierei und der unfundierten Alleinstellung als Zeugen anrufen.

⁵ So in den angegebenen RG-Entscheidungen, weil die Theorie dort noch nicht zur Verfügung stand.

⁶ Vgl. Tetzner, JZ 53, 205 und besonders NJW 56, 1901, Anm. 11; OLG Stuttgart v. 26. 2. 53, GRUR 55, 56 (unter irreführendem Hinweis auf den Leitsatz des BGH in NJW 52, 223).

⁷ B—H, Randnote 24 zu § 1 UWG, D. Reimer, a. a. O., Alexander-Katz, WRP 56, 295.

⁸ D. Reimer, S. 19; Tetzner, S. 70; RG v. 4. 2. 39, DR 39, S. 437, Nr. 2.

⁹ Sprüngli, a. a. O., S. 148.

III. Eigene Begründung

1. In Wirklichkeit ist der Vergleich zu verbieten, weil es sich kein Kaufmann gefallen lassen muß, daß ein Dritter diejenige Vorstellung, welche das umworbene Publikum von seinem Unternehmen hat, zu Werbezwecken benutzt. Das hat als erster Lobe in seinen grundlegenden Ausführungen¹⁰ herausgestellt, die gegenüber dem erwähnten Aufsatz Kohlers¹¹ zu Unrecht fast vergessen sind. Dieser Gesichtspunkt ist nicht nur im Rahmen des § 1 UWG faßbar. Denn die Vorstellung, die das Publikum von einem Unternehmen hat, ist ein Teil dieses Unternehmens; sie ist ein Teil des sog. *good will*. Über diesen Begriff hat Becher¹² zutreffende und vollständige Ausführungen gemacht, auf die zurückgegriffen werden soll. Der Begriff läßt sich nicht logisch erschöpfend erklären, sondern nur beschreiben; er läßt sich auch nicht übersetzen. *Good will* ist der gute Ruf des kaufmännischen Unternehmens und seines Leiters, der durch alle Ausstrahlungen des Unternehmens (Name, Reklame, Marken, Bedienung, Geschäftslokal, Geschäftslage, Leistungen) entstanden ist und durch sie „versinnbildlicht“¹³ wird. *Good will* bedeutet also die nach außen wirksame Seite der objektivierten geistigen Unternehmerleistung im Sinne Hubmanns und J. v. Gierkes¹⁴. Im Sinne der Rechtsprechung des BGH ist der *good will* Teil des umfassenden, einheitlichen, absoluten Rechtes am eingerichteten Gewerbebetrieb¹⁵. Für Hubmann ist er Teil eines Immaterialgüterrechts an der objektivierten Unternehmerleistung, der zusammen mit einem Bündel anderer Rechte das Unternehmen bildet, an welchem ein einheitliches Recht nicht besteht¹⁶. Becher wiederum will offenbar im *good will* ein eigenes Immaterialgüterrecht sehen, das als „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 BGB geschützt sei. Dies ist sicher abzulehnen. Denn der *good will* ist nur ein Teil der objektivierten geistigen Unternehmerleistung, nämlich deren Auswirkung. Diese hat auch einen nach innen wirkenden Teil, zu dem etwa die rationelle Betriebsorganisation oder das Betriebs-

¹⁰ MUW 16, 129 ff. Noch einmal in GRUR 31, S. 112 f.

¹¹ MUW 16, 128 f.

¹² In NJW 51, S. 510; vgl. auch Werner, NJW 57, 518 f.

¹³ So ausdrücklich § 10 des Warenzeichengesetzes der USA (nach Becher, a. a. O., S. 541).

¹⁴ ZfHR, 117, 41 ff. (58) bzw. ZfHR 111, 1 ff. (9, 13, 17).

¹⁵ So BGH v. 26. 10. 51, BGHZ 3, 270 ff.; v. 28. 11. 52, BGHZ 8, 142 (145); OLG Düsseldorf v. 3. 6. 56, GRUR 57, 138; Palandt-Danckelmann, Anm. 6 g zu § 823 BGB; Enn-Lehm, § 234, I, 1 b, (S. 911, 3. Abs.).

¹⁶ Wenn man die Ansicht Hubmanns zugrunde legt, handelt es sich nicht um ein Persönlichkeitsrecht, denn danach ist das Unternehmen von der Persönlichkeit zu sehr „abstrahiert“, verselbständigt und eigentumsähnlich veräußerlicht; dies letztere schließt freilich die Annahme eines Persönlichkeitsrechtes nicht aus, vgl. Hubmann, Persönlichkeitsrecht, S. 121 unten, und Reimer, Kap. 107, Randnote 20, kann aber wohl mit als Indiz für den Grad der Verselbständigung gelten.

klima gehören. Es muß mindestens ein einheitliches Recht geben, das diese beiden Teilwirkungen umfaßt.

Für eine der beiden übrigen Ansichten müssen wir uns hier nicht entscheiden. Beiden ist gemeinsam, daß der *good will* Teil eines absoluten Rechtes sei, das als sonstiges Recht dem Schutz des § 823 Abs. 1 BGB genießt¹⁷. Wir werden uns in den folgenden Erwägungen an den Begriff des *good will* als die hier in Frage kommende Außenseite des geschützten Rechtes halten. Wie diese selbst zu nennen sei, kann dabei unentschieden bleiben.

2. Das Unternehmen ist eine individuelle Schöpfung des Menschen in der Welt der Dinge. Individuell deshalb, weil es nur durch den Einsatz der geistigen Fähigkeiten und der Energie der Unternehmerpersönlichkeit so werden konnte, wie es tatsächlich geworden ist. Diese Schöpfung ist verselbständigt. Wenn das Recht sie schützen will, kann es nur in der Form geschehen, daß es dem Urheber die alleinige Herrschaft über diese objektivierte Schöpfung gewährt. Der, von dem eine Schöpfung vermögensrechtlicher Art ausgeht, muß jedem anderen verbieten können, sie zu beeinträchtigen¹⁸. Der *good will* muß also Teil eines absoluten Individualrechtes sein.

3. Daß das Recht am Unternehmen ein absolutes Recht sei, gibt auch Larenz zu; er bestreitet nur, daß es sich um ein „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB handle. Dies müßte dann auch für das Recht an der objektivierten geistigen Unternehmerleistung im Sinne Hubmanns gelten. Larenz wendet vor allem ein, daß die Anerkennung eines so umfassenden Rechts viel zu viele harmlose Äußerungen des Lebens zu unerlaubten Handlungen stempeln würde, also zu einer uferlosen Ausweitung des Unternehmerschutzes führen könnte. Deshalb sei ein solches

¹⁷ In Wirklichkeit sind die Theorien im Bereich des Schadenersatzrechtes der Sache nach nicht mehr getrennt. Einerseits erkennt Hubmann S. 78 das Unternehmen als „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 BGB an, andererseits betreffen die Entscheidungen des BGH, a. a. O., nur die objektivierte geistige Unternehmerleistung. Den „dritten Kreis“ der zum Unternehmen gehörenden Rechtsgüter, nämlich die sich im lebendigen Unternehmen selbst darstellenden geistigen Unternehmerleistungen, wie rationelle Betriebsorganisation, Betriebsklima, muß man ebenfalls in den Kreis der geschützten Güter einbeziehen; dies läge nicht nur in der Linie Hubmanns, sondern auch der des BGH. Das System der im Betrieb zusammengefaßten menschlichen Arbeitsgemeinschaft, das nach Hubmann nicht an dem Schutz der geistigen Unternehmerleistung teilnehmen kann, nimmt auch der BGH aus, wenn nach seinem Urteil v. 19. 6. 1952 (BGHZ 7, 30 ff.) ebenso OLG München, 21. 3. 56 (NJW 56, 1719) die Verletzung eines Betriebsangehörigen keinen Eingriff in das Recht am Gewerbebetrieb darstellt. Ebenso OLG München v. 21. 3. 56, NJW 56, 1719 (mit zustimmender Anm. von Lorenz) für Hubmanns „ersten Kreis“ (Verletzung einer Starkstromleitung).

¹⁸ Vgl. Hubmann, Das Recht des schöpferischen Geistes, S. 31: „Soll dem Schöpfer Recht geschehen, so muß ihm das Seinige, das, was er selbst hinzugegeben hat, vorbehalten bleiben.“

Recht ein Fremdkörper im System der subjektiven Rechte des BGB. Dieser Ansicht kann jedoch durch ein System von Einschränkungen begegnet werden. Dies geschieht einmal, indem man den Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB schärfer präzisiert und sich vergegenwärtigt, daß in vielen Fällen dieser harmlosen Lebensäußerungen keine *Verletzungshandlung* vorliegt¹⁹. Zweitens haben alle sozialadäquaten Handlungen aus dem Tatbestand auszuschneiden²⁰. Drittens bedingt die weitgespannte Wirkung des *good will* ein weitgespanntes System von Rechtfertigungsgründen²¹. Dadurch ist es möglich, nur diejenigen Verstöße zu treffen, die wirklich einen Unwertcharakter haben²².

Larenz erwidert, daß mit diesem System der Rechtfertigung unbestimmte Wertmaßstäbe eingeführt würden, die eine Entscheidung nur von Fall zu Fall ermöglichen. Also bedeute das Recht am Unternehmen in Wahrheit eine neue Generalklausel. Es ist freilich eine Sache der persönlichen Entscheidung, ob man die Generalklausel des § 823 Abs. 1 BGB im Interesse der Rechtssicherheit nicht weiter ausbauen will oder ob die materielle Gerechtigkeit höher zu stellen sei. Dem Verfasser erscheinen die Beispiele der Rechtsprechung (Constanze, schwarze Listen) oder das von ihm unten zitierte Beispiel 35 so schwerwiegende und im Zeitalter der Massenorganisationen jederzeit wiederholbare Angriffe in den Interessenbereich des Unternehmers, daß dieser dagegen geschützt sein muß, auch wenn dies nur über eine Ausdehnung der Generalklausel geschehen kann. Überdies ist diese Ausdehnung in der Fassung des § 823 Abs. 1 BGB („sonstiges Recht“) schon angelegt.

Auch Giesecke²³ kommt zu dem Ergebnis von Larenz, freilich mit einer anderen Begründung. § 823 Abs. 1 BGB schütze nur Rechte, deren Verletzung regelmäßig widerrechtlich sei, wenn nicht ein besonderer Rechtfertigungsgrund vorliege. Beeinträchtigungen des Mitbewerbers seien aber in einer freien Wirtschaft generell zulässig. Das Wesen des Unternehmens werde gerade in sein Gegenteil verkehrt, wenn man es als geschützt bezeichne. Diese Argumentation hat eine juristisch-konstruktive und eine eher wirtschaftspolitische Seite. Im ersteren Punkt ist zu entgegnen, daß § 823 Abs. 1 BGB ohnehin ein sog. offener Tatbestand ist; der Tatbestand indiziert des Rechtswidrigkeit gerade nicht. Dies wird unten²⁴ eingehend begründet werden. Die Rechtswidrigkeit konnte freilich, und insoweit hat Giesecke recht, bei den Angriffen auf die ausdrücklich genannten Rechtsgüter häufig als vorgegeben unterstellt

¹⁹ unten, Kap. 9 III.

²⁰ Vgl. unten, Kap. 9, IV.

²¹ Unten Kap. 31 ff., insbes. Kap. 36.

²² So auch Böhmer, AcP 156, S. 200, Anm. 73; eine Zusammenfassung der Einschränkungsmöglichkeiten bringt Hubmann, JZ 57, 521 ff. gerade in Hinblick auf Larenz' Angriffe.

²³ GRUR 50, 298 ff.

²⁴ Kap. 9, IV.

werden; deshalb legt man gemeinhin auf eine ausdrückliche Nennung dieser Voraussetzung keinen Wert. In Wirklichkeit sind alle Verletzungsfälle nur rechtswidrig, wenn sie nicht sozialadäquat sind. Gieseke's Ausnahme ist in der Tat die Regel²⁵. Die wirtschaftspolitische Seite der Begründung Gieseke's enthält letzten Endes eine Grundsatzfrage²⁶. Auch wenn man die Wettbewerbsordnung als eine Kampfordnung ansieht, folgt daraus nichts anderes, als daß Beeinträchtigungen, die sich aus dem Wesen des wettbewerblichen Kampfes ergeben, sozialadäquat sind. Deshalb kann aber ein Schutz gegen alle darüber hinausgehenden Angriffe dem Unternehmen nicht versagt werden. Völz²⁷ meint freilich, man hätte die mit dem Recht am Unternehmen gelösten Fälle auch anders, nämlich durch analoge Anwendung anderer Bestimmungen, lösen können. Analogie ist aber unzulässig, solange die Auslegung einer Vorschrift zum gleichen Ergebnis führt. Im übrigen kann eine dogmatische Figur nicht nur danach beurteilt werden, ob sie notwendig ist. Es geht vielmehr auch darum, ob sie ein wirkliches Abbild des sozialen Lebens ist. Nur die Anerkennung eines absoluten Rechtes wird aber dem Wesen des Unternehmers gerecht. Dies folgt aus den allgemeinen Gesetzen des geistigen Schaffens in der Sozialordnung. Insoweit fußt der Verfasser auf den Ausführungen Hubmanns in seinem „Recht des schöpferischen Geistes“ und den daraus in seinen Ausführungen über das Recht am Unternehmen²⁸ gezogenen Folgerungen²⁹. Auch Lindenmeier³⁰ ist dieser Ansicht, wenn er schreibt, daß der Gewerbebetrieb „in seiner wesensmäßigen Verbundenheit von materiellen in immateriellen Vermögenswerten als ein dem Eigentum parallel laufendes Vermögensrecht“ anzusehen ist.

Trotz aller Einwände wird man also feststellen können, daß die vergleichende Werbung eine Verletzung des *good will* des Konkurrenten bedeutet, der ein Teil eines absoluten Rechtes des § 823 Abs. I BGB ist.

4. Daneben ist die vergleichende Werbung als Eingriff und eigenmächtige Benutzung des fremden *good will* (und nur deswegen) auch

²⁵ Wäre es anders, so wäre seinem Argument freilich nicht viel entgegenzusetzen; die unten versuchte Konstruktion hat demnach nicht nur theoretische Bedeutung.

²⁶ So auch Völz, WUV 56, 31 ff.

²⁷ a. a. O., S. 38 ff.

²⁸ ZfHR, 117, 41 ff.

²⁹ Für Völz ist dagegen „das Recht am Unternehmen in der freien Marktwirtschaft auch nicht schutzwürdig“. Seine Anerkennung führt aber nicht dazu, daß der Konkurrenzkampf verschwindet, oder über das erwünschte Maß gemildert wird, sondern nur zu einer wirksameren Bekämpfung des nach allgemeinem Rechtsgefühl ungesunden und rechtswidrigen Konkurrenzkampfes; dafür sorgt die Einschränkung durch das Erfordernis der fehlenden Sozialadäquanz. Im Licht der Einwendung Völz's wird aber wiederum, diesmal von der wirtschaftspolitischen Seite her, deutlich, wie notwendig für eine moderne deliktrechtliche Theorie jene Einschränkung ist.

³⁰ WUV 53, 592.

sittenwidrig. Sie verstößt also auch gegen § 1 UWG. Dies nötigt aber zu keiner Sonderbetrachtung, weil die Sittenwidrigkeit durch die gleichen Tatbestandsmerkmale begründet wird, welche auch zu Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB führen. Auf der anderen Seite ist mit der hier versuchten Konstruktion folgendes erreicht:

- a) Eine „Entlastung“ der Generalklausel,
- b) die Einbeziehung von unzulässiger vergleichender Reklame, bei der ein Wettbewerbsverhältnis fehlt,
- c) eine einwandfreie Begründung dafür, daß Vergleiche mit schwacher Werbewirkung (vgl. Kap. 12) vom Verbot auszunehmen sind.

Kap. 9: Die vergleichende Werbung; Einzelheiten

I. *Terminologie.* Aus dem Wesen des Vergleichs als Verletzung des *good will* ergibt sich, daß nicht nur der öffentliche Vergleich (Reklame) verboten ist. Daher ist hier von Alleinstellungswerbung zu sprechen. Außerdem spielt die Unterscheidung zwischen wertender und behauptender Werbung keine Rolle. Denn auch durch ein reines vergleichendes Werturteil kann der *good will* des Konkurrenten beeinträchtigt werden.

II. *Taugliche Verletzungshandlung.* Die Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB verlangt, daß jemand einen anderen in dem dort genannten Recht verletzt. Bei einem Rechtsgut mit klarer Abgrenzung von der Außenwelt ist ohne weiteres erkennbar, wann dies der Fall ist. Aber selbst bei den einfachsten Fällen der Verletzung der Körper- oder Sachintegrität tritt diese Frage auf, und zwar immer dann, wenn die mit dem Stofflichen gekoppelte geistige Sphäre berührt wird. So ist umstritten, ob man wegen der seelischen Schmerzen, die man durch die Tötung eines Kindes der Mutter zufügt, deren Körper verletzt, ebenso ob man eine Sachbeschädigung (§ 303 StGB) begeht, wenn man aus einem Autoreifen die Luft läßt. Auch hier wird etwas nur Vorgestelltes, nämlich der Gebrauchswert der Sache, ihre geistige Beziehung zum Eigentümer, verletzt.

Dieses Problem taucht bei der Verletzung des *good will* ständig auf. Denn dieser ist ausschließlich eine geistige Beziehung. Man könnte nun sagen, dieses Problem sei mit einer Wertüberlegung zu lösen. Eine tatbestandsmäßige Verletzung liege immer dann vor, wenn das Interesse des Werbenden an der Verteidigung seiner Leistung höher stehe, als das des Konkurrenten an seinem *good will*. Denn dieser sei sozial gebunden. Diese Methode ist bisher auch zweimal angewendet worden. Das Reichsgericht hat sie in seiner früheren Rechtsprechung verfolgt: Von der Wertvorstellung ausgehend, daß die freie Meinungsäußerung höher zu bewerten sei als der *good will*, verlangt es als Verletzungshandlung im Sinne des

§ 823, Abs. 1 BGB einen „unmittelbaren“ Eingriff in den Gewerbebetrieb³¹. Aber der *good will* verdient als Teilauswirkung einer individuellen geistigen Schöpfung grundsätzlich stets seinen Schutz.

Das rein methodische Problem kann hier also noch zurückgestellt werden. Nipperdey³² — in Anschluß an Welzel³³ — meint, daß „sozialadäquate Handlungen“ nicht unter den Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB fallen. Hiergegen ist einzuwenden: die Einschränkung eines Tatbestandes auf nicht sozialadäquate Handlungen wäre höchstens dann gerechtfertigt, wenn der Tatbestand nicht noch ein Rechtspflichtmerkmal³⁴ enthält. Dies ist aber gerade der Fall, denn § 823 Abs. 1 BGB ist ein sog. „offener Tatbestand“. Was verboten ist und zum Schadenersatz verpflichtet, ist dort nicht erschöpfend umschrieben. Das Handeln muß *rechtswidrig* sein. Dies ist nur der Fall, wenn die Handlung nicht mit der geschichtlich gewordenen Sozialordnung übereinstimmt. Diese Frage ist also dort und nicht bei der *Tathandlung* zu prüfen; sie ist vom Schutzgegenstand zu lösen. Man wird sich also jedesmal fragen müssen, wie weit der *good will* eines Unternehmens reicht, und ob er durch eine Handlung beeinträchtigt werden kann. Wenn z. B. eine Mutter ihrem Kind einschärft, es solle beim Kaufmann nur Gütermanns Nähseide holen, weil sie bei weitem die beste sei, dann ist der *good will* anderer Firmen nicht verletzt. Wenn ich freilich in einer privaten Besprechung meinen Freund bestimme, eine bestimmte Automarke zu kaufen, und eine andere nicht, so verletzte ich rein tatbestandsmäßig den *good will* der abgelehnten Firma. Denn ich kann die Neigung meines Freundes zu ihr ernstlich beeinträchtigen (Mein Tun ist freilich nicht rechtswidrig).

III. Die Rechtswidrigkeit des Angriffs als Rechtspflichtmerkmal

1. Es ist heute unbestritten, daß das Wort „widerrechtlich“ im Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB an sich „überflüssig“ wäre, denn, so argu-

³¹ s. vor allem RG v. 12. 7. 06, RGZ 64, 53 ff. (55); daß der Eingriff in den Gewerbebetrieb eine Verletzung eines sonstigen Rechtes *bedeute*, treffe nur zu, wenn der Angriff widerrechtlich sei. Daran fehle es hier, weil der Beklagte zu der bekämpften Äußerung durch die allgemeine Handlungsfreiheit berechtigt sei. Werterwägungen schleichen sich also in die Erörterung der Tatbestandsmäßigkeit der Handlung ein.

³² Die Ersatzansprüche für Schäden, die durch den von der Gewerkschaft gegen das geplante Betriebsverfassungsgesetz geführten Zeitungsstreik entstanden sind, Köln 1953, S. 39, ferner in Neumann-Nipperdey-Scheuner, die Bd. 2, Berlin o. J. (1954) S. 37 und in Enn-Nip, 2. Halbbd., § 209, II; zweifelnd ob nicht doch Ausschußgrund für Rechtswidrigkeit: RDA 54, 54, 437. Teilweise zustimmend: Hubmann, JZ 57, 521 ff. (522): Ausschuß teils des Tatbestand-, teils der Rechtmäßigkeit.

³³ Das deutsche Strafrecht, 4. Aufl., § 14, I, 3.

³⁴ Welzel, a. a. O., umschrieb die soziale Adäquanz: „Danach gibt es Fälle, bei denen die Frage nach einem besonderen Erlaubnissatz gar nicht auftaucht, weil bereits die Art unserer geschichtlich gewordenen Sozialordnung sie gestattet.“

mentiert die herrschende Meinung³⁵, die Verletzung eines der dort genannten Rechtsgüter sei an sich schon rechtswidrig. In der Terminologie von Welzel³⁶ bedeutet dies: § 823 Abs. 1 BGB bildet einen sogenannten geschlossenen Tatbestand; dieser indiziert die Rechtswidrigkeit. Diese ist nur ausgeschlossen, wenn besondere Rechtfertigungsgründe hinzutreten. Zu den traditionellen Rechtfertigungsgründen soll neuerdings der der sozialen Adäquanz als Rechtfertigungsgrund treten; eine Handlung kann aber aus den verschiedensten Ursachen sozialadäquat sein. Die soziale Adäquanz wäre eine Generalklausel der Rechtfertigung. Sie würde in das übrige System abgegrenzter Rechtfertigungsgründe, die jeweils nur einzelne Gruppen von Ausnahmefällen umfassen, nicht hineinpassen. Schon dies läßt die Frage auftauchen, ob es sich hier etwa nicht um einen Rechtfertigungsgrund handelt, sondern das Fehlen der sozialen Adäquanz nicht erst die Rechtswidrigkeit begründet, so daß also, um wieder mit Welzel zu reden, § 823 Abs. 1 BGB in Wahrheit ein offener Tatbestand wäre, bei dem die Rechtswidrigkeit der Handlung erst feststeht, wenn geklärt ist, ob sie nicht sozialadäquat sei.

2. In der Tat ist es sinnvoll so zu entscheiden, wenn man letzteren Begriff auf seinen echten Sinn begrenzt; dabei sind die Ergebnisse der strafrechtlichen Erörterung dieses Problemkreises heranzuziehen. Im Strafrecht gibt es Tatbestände, bei denen das Wort „rechtswidrig“ (oder gleichbedeutende Zusätze) nur verwendet werden, um den Richter darauf hinzuweisen, daß hier das Fehlen von Rechtfertigungsgründen besonders genau geprüft werden muß³⁷. Ähnlich liegt der Fall bei den von Welzel sogenannten „speziellen Rechtswidrigkeitselementen“, wie der Gültigkeit eines Gesetzes in § 110 StGB oder der Rechtswidrigkeit der behördlichen Maßnahme in § 113 StGB³⁸. Für die bisherige Ansicht³⁹ war das Wort „rechtswidrig“ in § 823 Abs. 1 BGB eine ähnliche überflüssige Floskel. — Offene Tatbestände sind dagegen für den Strafrechtler solche, „in denen die Verbotsmaterie nicht erschöpfend beschrieben ist; das wichtigste Beispiel hierfür enthält § 240 (sc.: StGB). In dieser Bestimmung wird als tatbestandsmäßiges Verhalten die Nötigung eines anderen zu einer Handlung durch Drohung mit einem empfindlichen Übel angegeben. Doch kann die Verwirklichung dieses Tatbestandes die Rechtswidrigkeit des Verhaltens nicht indizieren. Denn es gibt im sozialen Leben eine Fülle von Nötigungen durch Drohung mit empfindlichen

³⁵ Erman, Anm. 10, Palandt-Gramm, Anm. 10, Staudinger, (8. Aufl.), Anm. II B. Soergel-Lindenmaier, Anm. A, 7, je zu § 823 BGB, Leonhard, Besonderes Schuldrecht des BGB, München und Leipzig 1932, S. 542, Enn-Lehm § 234; RG v. 23. 3. 25, JW 36, 364; Zitelmann, AcP 99, S. 2 und 3 (Anm. 1).

³⁶ Das deutsche Strafrecht, S. 72.

³⁷ Hartung, NJW 52, 762 ff. (763).

³⁸ Welzel, a. a. O., S. 73 und JZ 52, 19 f.; vgl. für fernere Fälle noch dens., JZ 52, 133 ff. und 203 f., JZ 53, 119.

³⁹ So ausdrücklich Zitelmann, a. a. O.

Übeln, die völlig rechtmäßig sind, obwohl kein besonderer Erlaubnissatz sie gestattet⁴⁰.

Auch bei § 823 Abs. 1 BGB gibt es viele Fälle, die zwar tatbestandsmäßig, aber auch ohne besonderen Erlaubnissatz nicht rechtswidrig sind. Unerheblich ist, daß diese Fälle bei einigen Rechtsgütern (Leben, Eigentum) seltener, bei anderen (körperliche Unversehrtheit, Freiheit, Besitz, eingerichteter Gewerbebetrieb) viel häufiger vorkommen; denn auf den Durchschnittsinhalt des gesamten Tatbestandes ist abzustellen; hier ergibt sich folgendes Bild: kunstmäßige Heileingriffe sind nicht rechtswidrig, auch wenn sie den Tod eines Menschen verursachen; ebenso wenig sind sie rechtswidrige Körperverletzungen⁴¹; das gleiche gilt für sportgerechte Schläge beim Boxkampf und ähnliche Sportverletzungen. Auch die mäßige körperliche Züchtigung eines kleinen Kindes durch die Eltern ist schon sozialadäquat, ohne daß man § 1631 BGB als Rechtfertigungsgrund heranzuziehen bräuchte. Tatbestandsmäßige, aber sozialadäquate und deshalb nicht rechtswidrige Freiheitsverletzungen kommen täglich bei den öffentlichen Verkehrsmitteln vor, ohne daß hier die Frage nach einem besonderen Erlaubnissatz (Einwilligung) noch auftauchte. Sozialadäquate Besitz- und Eigentumsverletzungen begehen etwa jene Werber, die Auto-Besitzer Prospekte unter die Scheibenwischer klemmen. Besonders häufig ist die soziale Adäquanz beim Eingriff in den eingerichteten Gewerbebetrieb, denn da dessen Inhaber sich schon im Wirtschaftskampf bewegt, muß er nach der allgemeinen Auffassung eine Reihe von Kampfmaßnahmen hinnehmen.

Die Fälle, in denen nach § 823 Abs. 1 BGB tatbestandsmäßige Rechtsgüterverletzungen ohne besonderen Erlaubnissatz rechtmäßig sind, sind also viel zu zahlreich und verschiedenartig, als daß man in dieser Vorschrift einen geschlossenen Tatbestand zu erblicken könnte. Das Merkmal der Rechtswidrigkeit hat auch hier indizielle Bedeutung. Nur so gewinnt es auch seinen Sinn im gesetzlichen System. Freilich ist eine ausdrückliche Ausfüllung des Rechtspflichtmerkmals nicht vom Gesetz gegeben wie in § 240 Abs. 2 StGB. Hierzu ist nur der Begriff der sozialen Adäquanz geeignet. Allerdings ist er in der modernen Literatur häufig zum Vehikel verschwommener Billigkeitserwägungen geworden, woge-

⁴⁰ Aus Welzel, a. a. O., S. 72, ebenso: Maurach, Das Deutsche Strafrecht. Allgemeiner Teil, S. 259 f. BGHSt. 2, 195 ff.

⁴¹ Nach herrschender strafrechtlicher Lehre fehlt es hier schon an der Tatbestandsmäßigkeit (Welzel, a. a. O., S. 227, mit Nachw.). Man gewinnt das Ergebnis freilich meist durch eine Auslegung (Körperinteressenverletzung, Mezger, Strafrecht, Ein Studienbuch, II. Besonderer Teil, 5. Aufl. München und Berlin 1956, S. 45 mit Nachw.). Damit scheint aber in den Tatbestand zuviel „hineingelegt“ zu werden; man kann sich für sie letztlich denn auch nur auf ein Rechtfertigungsprinzip des „überwiegenden Interesses“ berufen (so ausdrücklich Mezger, a. a. O.).

gen sich Schnorr v. Carolsfeld⁴² mit Recht wendet. Aber richtig verstanden, umfaßt er nur *besondere* Ausnahmesituationen: soziale Adäquanz liegt vor, wenn aus der geschichtlich gewordenen Sozialordnung und den Moralanschauungen des ganzen Volkes evident folgt, daß eine bestimmte Handlung nicht rechtswidrig sei; Ausnahmesituationen, die zu ihrer Meisterung eine Güterabwägung voraussetzen, fallen unter diesen Begriff nicht, weil er eben diese Evidenz voraussetzt. Er ist also keine rechtfertigende Generalklausel. Aber er ist rechtstechnisch elastisch genug, um alle Ausnahmefälle zu ergreifen und — sachlogisch — geeignet, in allen Fällen ein gerechtes Ergebnis zu sichern. Denn wenn ein Eingriff von der Sittenanschauung der Allgemeinheit gebilligt wird und im Einklang mit der sittlich gewordenen Sozialordnung steht, muß ihn der Geschädigte hinnehmen. Auf der anderen Seite ist die s. A. kein Rechtfertigungsgrund. Denn sie ist kein Ausnahmetatbestand, sondern diejenigen Handlungen, welche ihr entsprechen, bilden die Regel. Ihr Fehlen ist daher allgemeine Voraussetzung für die Rechtswidrigkeit, welche sie immer ausschließen vermag⁴³. Sie gehört zum Grund der Rechtswidrigkeit als eines sozialethischen Unwerturteils⁴⁴. Sie ist demnach von den speziellen Erlaubnissätzen der Rechtfertigungsgründe⁴⁵ wesensmäßig verschieden. Wäre sie Rechtfertigungsgrund, so müßte sie folgerichtig auch gegenüber anderen Vorschriften, auch dem § 1 UWG, eingreifen. Denn sie ist ihrem Wesen nach allumfassend. Hier ist aber schon nicht sittenwidrig, was sozialadäquat ist, weil die Sittenwidrigkeit ebenfalls nach dem Bewußtsein der Allgemeinheit bemessen wird. Die soziale Adäquanz wird in der Rechtsordnung eben in verschiedener Weise, je nach der Natur der Rechtsnorm, verwendet. In § 823 Abs. 1 BGB ist dieser Einbau nach allen nur befriedigend möglich, wenn das Fehlen der sozialen Adäquanz die Rechtswidrigkeit erst indiziert.

⁴² Arbeitsrecht, S. 271.

⁴³ Bei anderen, nicht in der Form der Generalklausel gefaßten Verbotsnormen kann es freilich in der Regel zu einem Eingreifen der Lehre von der s. A. nicht kommen, weil hier der enger gefaßte Tatbestand bereits nur solche Fälle umfaßt, in denen eine allgemein mißbilligte Handlung stets vorliegt. So auch § 823, Abs. 2 BGB, trotz seiner scheinbar weiteren Fassung, weil er auf lauter solche enge Tatbestände verweist.

⁴⁴ So behandelt sie auch Welzel, a. a. O., S. 74; daß die soziale Adäquanz die Rechtswidrigkeit auch im Wettbewerbsrecht ausschließt, sagt auch B.-H. Einl., Randnote 197.

⁴⁵ Über die Spezialität der Rechtfertigungsgründe vgl. z. B. Maurach, a. a. O., S. 268. — Beachtlich ist in diesem Zusammenhang die von Schnorr v. Carolsfeld getroffene Unterscheidung zwischen „Rechtfertigungsgrund“ und „Rechtswidrigkeitsausschließungsgrund“ (Arbeitsrecht, 2. Aufl., Göttingen 1934, S. 304). Letzteres ist für ihn im Verhältnis zum Arbeitgeber gegeben, wenn ein Arbeitnehmer bei „schadensgeneigter Tätigkeit“ nur leichtfahrlässig einen Schaden verursacht. Dies ist ein der sozialen Adäquanz durchaus verwandter Fall.

III. Vergleichende Alleinstellungen können oft sozialadäquat sein.

Beispiel 34:

Gesetzt, es gebe in einer Kleinstadt zwei alte angesehene Hutgeschäfte, die in einer Straße gegenüber liegen. Das eine behauptet von sich, es sei „das älteste Fachgeschäft am Platze“.

Wir werden nicht daran zweifeln können, daß hier eine indirekte vergleichende Alleinstellung vorliegt. Sie ist jedoch zu gestatten, denn schon immer hat man es als erlaubt betrachtet, mit Altershinweisen zu werben; sie begegnen uns überall. Sie sind s.⁴⁶ Zweifelhaft ist, ob dies auch für die Bezeichnung als „größtes Geschäft“ gilt⁴⁷. Sie ist dieser allgemeinen Anerkennung wohl nicht sicher. Weiter gehört hierher die vergleichende Alleinstellung auf Anfrage. Der Vergleich auf Anfrage ist nach herrschender Meinung erlaubt, wenn er sachlich und in der Form zurückhaltens ist⁴⁸. Das Reichsgericht, das davon ausging, daß der Vergleich nur unter die Bestimmung des § 1 UWG falle, hat angenommen, daß es bei einer solchen Auskunft an der Sittenwidrigkeit fehle. Deshalb liege schon der Tatbestand des § 1 UWG nicht vor⁴⁹. Den *good will* verletzt ein Vergleich auf Anfrage aber ebensogut wie ein spontaner Vergleich. Auch der erstere verwirklicht also nach unserer Ansicht den Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB. Ein besonderer Rechtfertigungsgrund für ihn ist nicht ersichtlich⁵⁰. Aber es ist für jeden Einsichtigen klar, daß ein Kaufmann seine Waren mit anderen vergleichen muß, wenn der Kunde es so haben will. Das Publikum würde sich sehr über einen Kaufmann wundern, der eine solche Auskunft verweigert oder den Kunden an eine neutrale Auskunftsstelle verweist.

IV. Wettbewerbsverhältnis. Auch Vergleiche außerhalb eines Wettbewerbsverhältnisses können den *good will* eines Unternehmens verletzen. Sie können also nach § 823 Abs. 1 BGB unzulässig sein. Auf diese Weise kann Unrecht bekämpft werden, das bisher nicht zu treffen war, vgl. folgenden Fall des OLG Hamburg⁵¹.

⁴⁶ Gleiches Ergebnis mit anderer Begründung: Tetzner, NJW 56, 1900 ff. (Gewohnheitsrecht). Das ist der tatsächlichen Grundlage nach das gleiche. Warum die Konstruktion abzulehnen ist, dazu vgl. unten, Kap. 12, V.

⁴⁷ So aber Tetzner, a. a. O., für seine auf Gewohnheitsrecht gestützte Ansicht.

⁴⁸ Vgl. die ausführliche Darstellung bei D. Reimer, S. 139.

⁴⁹ Zusammenfassend: Urteil v. 17. 5. 55, GRUR 44, 154. Die Anfrage läßt den Vergleich nach allgemeiner Anschauung nicht als sittenwidrig erscheinen. So auch: D. Reimer, a. a. O., B-H, Randnote 41, Callmann, Randnote 72, je zu § 1 UWG; Reimer S. 551 („hinreichende Veranlassung“).

⁵⁰ So aber, sogar auf dem Boden der Generalklausel des § 1 UWG, vG-H, Anm. 32 zu § 1 UWG.

⁵¹ v. 5. 7. 51, GRUR 52, 46 ff. Wie weit dieser interessante Fall einer doppelten Alleinstellungswerbung als Vergleich mit denjenigen Einzelhändlern zu werten ist, die Sanella zum (höheren) vorgeschriebenen Preis kaufen, dazu vgl. unten zu Beispiel 39.

Beispiel 35:

Das Einzelhandelsgeschäft „Rio“ zeigt in seinem Schaufenster zwei Pyramiden aus Margarinewürfeln der Marken „Sanella“ und „Fauser“ mit folgenden Reklametexten:

„Unser Rio-Schlager! In Hamburg konkurrenzlos! Sanella 500 g DM 1.13.“

„Das Beste vom Besten!“

Aus exotischen Fetten hergestellt! Die trustfreie Fausermargarine — 500 g DM 1.22.“

Die Behauptung „das Beste vom Besten“ auf der rechten Tafel nimmt eindeutig auf die Marke Sanella Bezug. Fehlt, wie das OLG annimmt, ein Wettbewerbsverhältnis, so bleibt der Verstoß gegen § 823 Abs. 1 BGB. Ein Rechtfertigungsgrund besteht in diesem Falle nicht; in Frage käme notwendige Verkehrunterrichtung³²; aber die Werbung ist in der Form unsachlich gleichgültig ob zur Zeit der Beurteilung die Unterschreitung des vertikal festgesetzten Preises zulässig war oder nicht³³, erweckt der Antragsgegner jedenfalls die Vorstellung, daß es sich bei Sanella um minderwertige Ware handle³⁴, der er das trustfreie Konkurrenzergzeugnis gegenüberstellt. Es kann unter diesen Umständen nicht befriedigen, daß das OLG Hamburg den Antrag der Sanella-Werke nur wegen des Fehlens eines Wettbewerbsverhältnisses zurückwies³⁵.

V. *Verletztes Rechtsgut bei der Anwendung des § 1 UWG.* Wie oben (Kap. 8, II, 4) dargestellt, kann eine vergleichende Werbung auch gegen § 1 UWG verstoßen, eben weil der Eingriff in den fremden *good will* und die damit vollzogene Beeinträchtigung des Konkurrenten auch nicht anstandig ist. Verletzt ist also auch hier das individuelle Rechtsgut des *good will* des Angegriffenen.

³² Unten, Kap. 36, IV, 1.

³³ Das OLG ist der ersteren Meinung.

³⁴ Vgl. auch den Umstand, daß die vergleichenden Waren unmittelbar vorgeführt werden, was mit Normater GRUR 33, 14 mindestens bei solchem Begleittext als erschwerende Unsachlichkeit anzusehen ist. Gleicher Ansicht wie das OLG: Staudhoff in BB 56, 1001 ff. (1005) und BB 56, 675, der das Ergebnis auf § 1 UWG stützt, wie der Verf.: Beumann, BB 56, 674, WRP 57, 6 f.; Greiffelt, MA 57, 512.

³⁵ Völlig meinet (in WUV 36, 42) das Ergebnis, ein Warenvergleich sei auch nach § 823 Abs. 1 BGB als Eingriff in den Gewerbebetrieb des Konkurrenten verboten, ein Beispiel dafür, wie unerwünscht die Ausweitung des Rechts am eingerichteten Gewerbebetrieb sei. Er verweist auf die Warenuntersuchungen amerikanischer Verbraucherorganisationen. Solche Veröffentlichungen sind aus dem Grundgedanken, des § 123 StGB gerechtfertigt, vgl. unten Kap. 36. Aber gerade sie werden einen ungeheuren psychologischen Einfluß ausüben und müssen deshalb doch auch gewissen Wahrheits- und Sachlichkeitsanforderungen genügen. Für erstere genügt freilich § 824 BGB, nicht aber für letztere; gegen besondere Gehässigkeiten und unsachliche Reportierung kann auch hier nur § 823 Abs. 1 BGB schützen. Vorsatz (§ 326 BGB) wird nämlich nicht immer nachzuweisen sein, § 1 UWG schützt: am fehlenden Wettbewerbsverhältnis.

VI. *Anspruchskonkurrenz.* Zwischen den beim Vergleich regelmäßig verletzten § 823 BGB und dem grundsätzlich ebenfalls verletzten § 1 UWG besteht, wie nach herrschender Meinung stets⁵⁶, Anspruchskonkurrenz.

VII. *Behauptungs- und Beweislast.* Der Kläger muß behaupten und beweisen, daß der Beklagte eine Werbung gebraucht hat, die durch einen Vergleich den *good will* des Klägers ausdrücklich oder genügend erkennbar⁵⁷ getroffen habe, und daß dieser *good will* dadurch verletzt sei. Kann nicht geklärt werden, ob das umworbene Publikum oder nur ein Teil davon oder nur eine Person⁵⁸ die indirekte Bezugnahme verstanden habe oder ob diese Bezugnahme den *good will* des klagenden Unternehmens geschädigt hat, ist die Klage abzuweisen. Außerdem sind die speziellen Anspruchsvoraussetzungen (Wiederholungsgefahr bei der Unterlassungs- und Verschulden bei der Schadensersatzklage) nachzuweisen.

VIII. *Aktivlegitimation.* Der auf §§ 823 Abs. 1/1004 BGB gestützte Abwehranspruch steht nur dem Geschädigten zu. Der § 13 Abs. 1 UWG ist nicht anwendbar⁵⁹. Eine ausdehnende Anwendung der letzteren Vorschrift ist nicht angebracht; sie widerspräche ihrem Zweck: sie verwirklicht das Interesse der Allgemeinheit an der Verfolgung von Wettbewerbsverstößen dadurch, daß sie diese den zunächst Interessierten, den Berufsgenossen und ihren Verbänden, auch ohne den Nachweis eines eigenen Schadens oder eigener Gefährdung, in die Hände legt; eine rationelle Verwaltungstechnik spannt hier also das Konkurrenzbestreben der Gewerbetreibenden vor, um soziale Rechtsgüter zu schützen. Man kann den § 13 Abs. 2 UWG mithin nicht analog auf solche Verbotsnormen anwenden, die gar keine sozialen Rechtsgüter schützen wollen; einen solchen reinen Individualschutz gewährt aber das aus § 823 Abs. 1 BGB gewonnene Vergleichsverbot (oben, Kap. 9, IV). Eine andere Frage ist, ob dieser Gedanke dazu führen muß, die genannte Vorschrift einschränkend auszulegen, wenn, wie beim Vergleich, auch der meist in Anspruchskonkurrenz gegebene Verstoß gegen § 1 UWG nur eine Verletzung individueller Rechtsgüter bedeutet. Dies wird von Reimer und Tetzner bejaht. Dabei scheint⁶⁰ aber das prozeßrechtliche Bedürfnis nach einer klaren Regelung der Zulässigkeitsvoraussetzungen nicht genügend berücksichtigt. Die Frage, wieweit allgemeine Rechtsgüter bei den ein-

⁵⁶ Zu vgl. B-H, Einl. vor § 1 UWG, Randnote 194 und RGRK, Vorb. 3 c vor § 823 BGB (mit Nachw. aus der Rechtspr.).

⁵⁷ Unten Kap. 11, II.

⁵⁸ Unten Kap. 11, IV.

⁵⁹ Vgl. aber RG v. 21. 2. 33, MUW 33, 287 (für § 826 BGB), andererseits RG v. 3. 5. 12, RGZ 79, 325 ff., Reimer, Randnote 19 zu Kap. 107, B-H Randnote 3 zu § 13 UWG.

⁶⁰ Reimer, a. a. O.; Tetzner, 1. Aufl., Randnote 2 zu § 13 UWG.

zernen Werbeverstößen mitverletzt werden, ist meist strittig⁶¹. Das Gesetz muß dem Rechtsunterworfenen aber in klaren und möglichst einfach auszulegenden Normen anzeigen, ob er zur Erhebung der Klage befugt ist. Diesem Bedürfnis ist bei der Auslegung prozessualer Grundnormen Rechnung zu tragen. „Wörtliche“ Auslegung entspricht also meistens am ehesten ihrem Sinn. Im Rahmen des § 13 Abs. 1 UWG hatte demnach der Gesetzgeber zwei rechtspolitische Ziele gegeneinander abzuwägen: die Beteiligung Privater, an sich Unbeteiligter, am Schutz nur öffentlicher Rechtsgüter, gegen die prozessuale Rechtssicherheit. Der Wortlaut scheint dem Verfasser anzudeuten, daß das letztere Interesse für wichtiger erachtet wurde. Immer, wenn der Tatbestand der §§ 1 oder 3 UWG erfüllt ist, greift also das Klagerecht des § 13 Abs. 1 UWG ein.

Es ist nur folgerichtig, auch Hefermehls Meinung⁶², bei reiner Individualrechtsverletzung fehle dem einzelnen ein „Rechtsschutzbedürfnis“, abzulehnen. Es könnte auch einem Konkurrenten fehlen, der sich gegen eine unrichtige Reklame (§ 3 UWG) wendet, der also unstreitig die Verletzung eines öffentlichen Rechtsgutes verfolgt. Die Verfolgungsermächtigung des § 13 UWG ersetzt das Rechtsschutzbedürfnis⁶³. Die einzig mögliche Frage geht nach dem *Umfang* der Verfolgungsermächtigung; sie wurde oben entschieden.

Kap. 10: Die Anwendung auf die Alleinstellungswerbung

I. *Grundsätzliches Verhältnis.* In jedem Superlativ ist ein Komparativ enthalten. Wer eine Alleinstellung einzunehmen behauptet, will außerdem in der verglichenen Beziehung allen Konkurrenten überlegen sein. Dieser Vergleich ist freilich in der Regel nur eine psychologische Nebenwirkung; in erster Linie wird die Alleinstellungsbehauptung als tatsächliche Feststellung wirken. Deshalb wird der verglichene Mitbewerber nicht immer erkennbar sein. Man sollte an die Erkennbarkeit einen strengen Maßstab legen. Ausgangspunkt muß immer die Frage sein, ob wirklich der *good will* des Konkurrenten oder einer näher zu begrenzenden Gruppe von ihnen beeinträchtigt worden ist.

⁶¹ Vgl. die Erörterungen zu Kap. 3.

⁶² B-H, Randnote 4 zu § 13 UWG.

⁶³ Auch der „Seifenhändler aus Haiti“ könnte gegen den Kollegen aus Essen klagen, B-H, Randnote 6 zu § 13 UWG. Denn auch er nützt dem deutschen Gemeininteresse. Eine andere Frage ist, ob in so krassen Fällen nicht der auch im Prozeßrecht geltende Grundgedanke des § 226 BGB eingriffe, der aber mit „Rechtsschutzbedürfnis“ einer rein prozeßtechnischen Einschränkung, seiner Natur als sittliches Grundgebot nach nichts zu tun hat. Er stünde in einer Wertabwägung freilich noch höher als das von dem Schikanierer selbst ausgenützte Gebot der Klarheit der Rechtswege.

II. Die Rechtsprechung vor 1945 hat Alleinstellungswerbungen unter diesem Gesichtspunkt nur selten geprüft. Dabei war seit 1930 das Vergleichsverbot in seiner heutigen Form bereits herausgearbeitet⁶⁴. Schon vorher war erkannt worden, daß eine anonyme Bezugnahme zur Anwendung des § 14 UWG genüge⁶⁵ und jeden der möglicherweise Gemeinten zur Unterlassungsklage berechtige. Bei der Alleinstellungswerbung hat sich das Reichsgericht diese Frage nicht vorgelegt, wenn es wahre Alleinstellungsbehauptungen regelmäßig zuließ⁶⁶. (Es hat zwar gelegentlich eine Alleinstellungswerbung auch unter dem Gesichtspunkt der vergleichenden Werbung behandelt, wenn z. B. die Alleinstellungsbehauptung als Schlußfolgerung einer *ausdrücklichen* Bezugnahme erschien⁶⁷.) Auch ausländische Obergerichte haben die Entwicklung hier nicht gefördert; bei dem Slogan „das beste Fabrikat in der Tschechoslowakei“ wie dies das Obergericht Prag für den entsprechenden § 2 des tschechoslowakischen UWG tat⁶⁸; die Ankündigung „Weiß allen voran“ wurde vom OLG Wien in einer Entscheidung aus dem Jahre 1931⁶⁹ nicht beanstandet, da es sich um nicht ernst zu nehmende Marktschreierei handele; dieser Gesichtspunkt spielt aber keine Rolle, wenn man eine versteckte Bezugnahme annehmen könnte. Ob das Publikum eine solche aus dem Werbespruch herauslese, untersucht das Urteil — trotz erheblicher Anhaltspunkte dafür — nicht. Ebenso entschied derselbe Gerichtshof über die Behauptung „seit 25 Jahren alle überholt, alle überdauert“⁷⁰, obgleich die werbende Zeitschrift in dem angegriffenen Prospekt die Konkurrenten gar durch auseinanderstiebende Papierblätter symbolisiert hatte, deren jedes den Anfangsbuchstaben einer Konkurrenzzeitschrift trug, was der Leser auch verstehen konnte (wie das Urteil ausdrücklich feststellt).

Die erste Entscheidung, die über das Verhältnis zwischen Alleinstellungswerbung und Vergleich die hier vertretenen Grundsätze anwendet, ist ein Urteil des OLG Dresden⁷¹. Mit der Behauptung „Odol ist das stärkste Mundwasser“ treffe die Beklagte erkennbar die wenigen

⁶⁴ Vgl. die Nachweisungen in Anm. 227.

⁶⁵ Vgl. z. B. RG v. 13. 12. 29, JW 30, 1711 f. („keine Ramschware, wie in Warenhäusern vielfach üblich“). Weitere Nachweise bei Callmann, Randnote 25 zu § 14 UWG, der übrigens in Randnote 70 zu § 1 UWG diese Rechtsprechung auch auf die einfache vergleichende Werbung überträgt.

⁶⁶ v. 30. 10. 39, GRUR 40, 379; mit Hinweisen auf die frühere Rechtsprechung; ebenso noch OLG Hamburg v. 8. 7. 53, GRUR 53, 533 („Die Zulässigkeit der sogenannten Alleinstellungswerbung wird nach § 3 UWG beurteilt“).

⁶⁷ GRUR 38, vgl. unten, Beispiel 39.

⁶⁸ MUW 31, 235.

⁶⁹ GRUR 31, 1307.

⁷⁰ MUW 31, 293.

⁷¹ GRUR 31, 1304 ff. (1306 f.).

ernsthaften Mitkonkurrenten; sie treibe damit unzulässige „persönliche“ Reklame⁷².

III. *Heutiger Stand der Rechtsprechung.* Erst 1954 ist das OLG Stuttgart⁷³ auf dem damit gewiesenen Weg weitergegangen. Es hält dem ohne ausdrückliche Bezugnahme verwendeten Slogan „Gütermanns Nähseide ist die beste“ als Vergleich für unzulässig. Eine Bezugnahme ergebe sich daraus, daß nur der einzige ernsthafte Konkurrent der Beklagten, der mit ihr zusammen den Inlandsmarkt zu 90 % beherrsche, getroffen sein könne. Das erkenne das Publikum auch.

Wegen der überragenden Marktstellung der Parteien hatte das Gericht in diesem Urteil keine Veranlassung, allgemein näher abzugrenzen, wann eine solche versteckte Bezugnahme erkennbar sei. — Freilich ist nach diesem Urteil die vergleichende Alleinstellungswerbung dann zulässig, wenn sie erweislich wahr sei⁷⁴. Dann wäre es aber unnötig, für die Beurteilung der Alleinstellungswerbungen überhaupt das Vergleichsverbot heranzuziehen; dann würde auch § 3 UWG genügen⁷⁵. Allerdings wohnt in der Einschränkung des OLG der richtige Kerngedanke, daß eine Alleinstellungsbehauptung, deren Richtigkeit über jeden Zweifel erhaben ist, oft nicht aggressiv wirke (vgl. unten, Kap. 12, III).

Das OLG Düsseldorf hat zum weiteren Fortschritt beigetragen, als es den Satz „Elektrolux ist besser, besser kauf Elektrolux“ als Alleinstellungswerbung erkannte und gleichzeitig die Grundsätze zur vergleichenden Werbung anwandte⁷⁶.

Keine Veranlassung zur Erörterung der Frage sieht das OLG Hamburg⁷⁷, welches, unter Berufung auf die Rechtsprechung des RG, Alleinstellungsbehauptungen allgemein zulassen will, wenn sie richtig sind. Der Österreichische Oberste Gerichtshof hat in einer neueren Entschei-

⁷² Der Hinweis auf RGZ 116, 280 stellt klar, daß die vergleichende Werbung im engeren Sinn gemeint ist.

⁷³ v. 11. 2. 54, GRUR 55, 50 ff.

⁷⁴ Zustimmend Simon, WUW 56, 48 ff.

⁷⁵ Wenn ein Vergleich vorliegt, kommt es unstreitig nicht darauf an, ob er inhaltlich wahr ist, vgl. die Nachweise bei B-H, Randnote 19 zu § 1 UWG.

⁷⁶ v. 14. 12. 54, GRUR 55, 427, Ob dort freilich eine eindeutige Bezugnahme vorlag, wird unten (zu Beispiel 42) zu klären sein. Ebenso aus der Rechtsprechung noch: LG Köln v. 15. 4. 53, WRP 55, 23 ff.; und die neuere Literatur, vgl.: Tetzner, NJW 56, 1900 (verwendet den Ausdruck „Superlativreklaame“), Droste, GRUR 53, 18 und in Bussmann-Droste, Werbung und Wettbewerb im Spiegel des Rechts, Essen 1951, § 10, III; Sonderland, BB 53, 960; B-H Randnote 29 zu § 1 UWG; grundsätzlich auch Simon, WUW 56, 48 ff.; offenbar auch Reimer, Randnote 13 zu Kap. 78; noch unentschieden: Zentrale in DW, 57, 14 („Schönste Neuausmusterung“) und DW 58, 20. Ablehnend: v. Rützen-Kositzkau, ÖJZ 56, 589; seine Kritik ist insoweit berechtigt, als die richtige vergleichende Alleinstellung nach der Entscheidung des OLG Stuttgart vom Verbot ausgenommen sein soll.

⁷⁷ v. 27. 1. 54, GRUR 56, 423.

dung⁷⁸ ausdrücklich abgelehnt, bei einer Alleinstellungswerbung mit indirekter Bezugnahme das Vergleichsverbot anzuwenden.

Die Rechtsprechung ist also noch uneinheitlich; soweit sie Alleinstellungen überhaupt unter dem Gesichtspunkt des Vergleiches prüfen will, verwischt sie entweder seine Grenzen (wie das OLG Stuttgart mit der Ausnahme für die „wahre“ Alleinstellung) oder überspannt die Anforderungen (indem viel zu leicht eine indirekte erkennbare Bezugnahme angenommen wird, wie vom OLG Düsseldorf). Ein Teil der Gerichte schließlich hat sich noch nicht zur Übernahme der hier vertretenen Auffassung entschließen können.

Kap. 11: Die Formen der Bezugnahme in der vergleichenden Alleinstellungswerbung

I. Eindeutige Bezugnahme. Eindeutig sind jene (seltenen) Behauptungen, die den Konkurrenten offen beim Namen nennen, also nur die Schlußfolgerung aus einem speziellen Vergleich im engeren Sinne ziehen. Sie werden ohne weiteres von dessen Sittenwidrigkeit mitergriffen.

Beispiel 36:

Die Beklagte hat in einem Prospekt Lederfettsorten vier verschiedener Firmen auf ihre Güte und Brauchbarkeit verglichen und ist zu dem (übrigens unrichtigen) Schluß: „Eri-Wapro steht mit weitem Vorsprung an der Spitze“ gekommen. Das RG⁷⁹ wendet mit Recht auch das Vergleichsverbot an.

Beispiel 37:

Die Beklagte hat die Beliebtheit ihrer Monatszeitschrift „X“ gegenüber der Wochenzeitschrift „Y“ mit demoskopischen Methoden untersuchen lassen und das ihr günstige Ergebnis unter der Devise „X — die beliebteste aller deutschen Zeitschriften“ zur Werbung von Insertionskunden benutzt. Das LG Stuttgart⁸⁰ entscheidet wie oben, ein erlaubter Systemvergleich lag schon deshalb nicht vor, weil es dazu des offenen Hinweises auf die Zeitschrift „Y“ nicht bedurft hätte.

II. Wann eine versteckte Bezugnahme genügend deutlich wird, beurteilt sich nach dem Kreis der erkennbar Betroffenen und dem Kreis derer, die den Betroffenen erkennen.

1. Der *Kreis der erkennbar Betroffenen* darf nicht so unbestimmt sein, daß die Alleinstellungsbehauptung nur noch als Tatsachenbehauptung,

⁷⁸ v. 10. 10. 56, Öbl. 57, 28 (itiert in GRUR/AIT 57, 313). Der Mitbewerber müsse namentlich genannt werden „oder sonst eindeutig erkennbar“ sein. Dagegen genüge es nicht, wenn er für den Fachmann ohne weiteres erkennbar ist.

⁷⁹ GRUR 38, 61.

⁸⁰ GRUR 55, 55 (v. 26. 2. 53). Vgl. auch den Fall der „Zentrale“ in DW 55, 10 („Meine Möbel sind billiger als die der anderen Möbelgeschäfte in unserem kleinen Ort“). Das ist schon eine ausdrückliche Bezugnahme. Zustimmend B-H, Randnote 30 zu § 3 UWG.

nicht mehr als Wertung wirkt⁸¹. Eine zahlenmäßige Begrenzung ist natürlich untunlich. Wer ganz allgemein behauptet, seine Schuhe seien die preiswertesten, „greift“ sämtliche Schuhhändler Deutschlands an; wer mit der Behauptung „der Welt größtes Photohaus“ wirbt, sämtliche Photogeschäfte der Welt. Es fehlt an einem echten *Angriff* auf ein konkretes Rechtsgut, zumindest bei einer dichten Streuung der Vergleichsobjekte (es gibt viele Schuhgeschäfte mit etwa gleich gutem Warenangebot und viele große Photogeschäfte). Anders freilich, wenn es zwar viele, aber nur einen oder sehr wenige große, dem umworbenen Publikum bekannte Konkurrenten gibt⁸². Diesen letzteren gegenüber ist der Vergleich aggressiv, denn das umworbene Publikum wird die Spitze erkennen.

a) Auf die *Zahl der Betroffenen* kommt es also in der Regel mit an.

Beispiel 38:

„Royal — die einzige Schreibmaschine mit eingebauter Mehrleistung *nur* Royal hat diese eingebaute Mehrleistung“.

Bei der Vielzahl der Schreibmaschinenmarken (auf diese, nicht auf Herstellerfirmen, wird man hier abzustellen haben) ist keine einzelne betroffen.

Beispiel 39:

„Elektrolux ist besser — besser kauf Elektrolux“.

Das OLG Düsseldorf erkennt hier, daß man diesen Werbetext auch als Vergleich prüfen muß⁸³, auch, daß eine „hinreichend deutliche Bezugnahme“ notwendig sei und daß dafür die Zahl der Kühlschranksmarken an sich zu groß ist. Der Kauflustige habe aber in der Regel schon einen Teil der Marken in seiner Vorstellung in die engere Wahl gezogen; in diesen Kreis dränge sich die Beklagte mit ihrer Werbung ein.

⁸¹ Vgl. auch D. Reimer, S. 23 („deutlich erkennbar“), und vor allem RG v. 7. 7. 33, GRUR 33, 724 ff. (729); „wenn die Gesamtheit der Mitbewerber keine unübersehbar große Menge bildet“, sei der einzelne Mitbewerber verletzt. Das RG geht also wesentlich über die hier gezogenen Grenzen hinaus, weil es nicht von der Verletzung eines absoluten Rechts, sondern von der Gefährdung der öffentlichen Meinungsbildung ausgeht.

⁸² Beispiel: Gütermanns Nähseide, vgl. oben, Anm. 109; und aus der älteren Rechtsprechung z. B. LG Berlin v. 14. 2. 30; KG v. 3. 7. 30, GRUR 30, 1123 ff. RG v. 4. 5. 34, GRUR 34, 473 ff. (474 r.) Grenzfall: München (v. 6. 5. 57 BB 57, 1246) in DW 57, 89 (Waschmaschinen). Die „Zentrale“ nimmt — unter Hinweis auf das Urteil des OLG Düsseldorf — Anm. 86, unten Beispiel 40 — an, daß die großen Hersteller dem Publikum hinreichend bekannt seien. — Ohne jede Beschränkung wertet die Einigungsstelle der IHK München (v. 6. 5. 57 BB 57, 1246) den Satz „Das führende Haus in X“ (= München! Für Damenmoden!) als Vergleich. Das ist bei der überaus großen, überhaupt nicht konkretisierbaren Zahl der „Betroffenen“ abzulehnen.

⁸³ GRUR 55, 427 ff., (vgl. oben, Anm. 76); allerdings mit einer unrichtigen, von der grammatischen Form ausgehenden Begründung: „Der Komparativ ist seinem Wesen nach die vergleichende Form des Adjektivs“. Vgl. dazu oben, Kap. 2/VI.

Damit ist freilich jede Alleinstellungsbehauptung zur vergleichenden Werbung gestempelt. Eine derartige vague Verletzungshandlung kann nicht ausreichend sein; einen Erfahrungssatz, daß ein Kauflustiger bereits festumrissene Vorstellungen von den Waren habe, die er zu erwerben wünsche, gibt es wohl nicht; *dieser* kritische Käufer wird sich von einer solchen Werbung auch nicht beeindrucken lassen⁸⁴.

Einen ähnlich weiten Standpunkt nimmt, aber ohne jene psychologische Begründung, die „Freiwillige Einigungsstelle für Wettbewerbsstreitigkeiten“ der IHK München ein⁸⁵. Ihr genügt, daß der Antragsgegner sich „zu seinen Mitbewerbern in Beziehung setzt“. Ähnlich OLG Düsseldorf v. 9. 10. 56⁸⁶ in

Beispiel 40:

Die Antragsgegnerin hatte in Prospekten u. a. erklärt: „Preise: bei uns kaufen Sie manches Teil günstiger ein. Wir haben nur geringe Unkosten und sind mit einem bescheidenen Verdienst zufrieden“.

Das OLG meint, der Durchschnittsleser werde annehmen, „daß die Preise bei der Antragsgegnerin günstiger sind als bei der Konkurrenz, die im Gegensatz zu ihr große Unkosten hat und mit einem hohen Verdienst rechnet“. Alle Mitbewerber, die mehr Aufwand treiben als die Antragsgegnerin, seien also von dieser Werbung betroffen: eine solche uferlose Ausdehnung mittels psychologischer Spekulationen kann die Lehre vom Vergleich und seine Anwendung auf die Alleinstellungsbehauptung nur in Mißkredit bringen⁸⁷.

Beispiel 41:

Eine fränkische Firma von Zupfmusikinstrumenten hat sich⁸⁸ auf ihren Briefköpfen als „die größte Erzeugerfirma unserer Branche in Westdeutschland“ bezeichnet. In ihrem Exportkatalog heißt es „the most important and leading exporters of stringed musical instruments of Western Germany.“

Hier ist die Zahl der möglichen Betroffenen sehr gering: der Kundige wird sie an den Fingern herzählen können. Es liegt eine unzulässige, weil vergleichende, Alleinstellungsbehauptung vor. Ebenso liegt

Beispiel 42:

Die Beklagten werben für ihre Erzeugnisse, einen „echten Steinhäger“ mit der Behauptung „es gibt nichts besseres“.

Da die Gastwirte und Spirituosenhändler als wichtiger Teil der Werbungsadressanten wissen, daß nur in Steinhagen ansässige Hersteller

⁸⁴ Auch D. Reimer, S. 23, Anm. 64, hegt Zweifel. Ablehnend: v. Rützen-Kositzkau, ÖJZ 56, 591, r. o.

⁸⁵ Mitteilungsblatt derselben, Jg. 56, S. 13 (hier nach einem Originalabzug zitiert).

⁸⁶ NJW 57, 188.

⁸⁷ Auch Hefermehl lehnt in seiner Besprechung, a. a. O., diesen Teil der Urteilsbegründung ab.

⁸⁸ In einem durch Privatvergleich geregelten Fall.

ihr Erzeugnis als echten Steinhäger anpreisen dürfen, und daß dies nur einige wenige Firmen sind, verstehen sie die Alleinstellung als Vergleich. Auch das Landgericht Hamburg⁸⁹ entscheidet so.

b) Neben der Zahl der Mitbewerber können beliebige *andere Umstände* dafür sprechen, daß das umworbene Publikum die Bezugnahme erkennt:

Bei einer typischen Fallgruppe bezieht sich der Werbende auf die gesamte restige Konkurrenz. Gerade das wird als reine Tatsachenbehauptung verstanden werden. Der Vergleich ist zu verschwommen. Anders liegen die Fälle, in denen der Verkehr die Mitwerber als geschlossenen Block auffaßt; im Angriff gegen eine Gemeinschaft wird dann eine Verletzung der Rechte ihrer einzelnen Mitglieder gesehen werden.

Beispiel 43:

„Unser Rio-Schlager — in Hamburg konkurrenzlos, Sanella 500 g DM 1.13⁹⁰.“

Hier greift der Werbende alle jene Hamburger Einzelhändler an, die Sanella zum vertraglich vorgeschriebenen (höheren) Einzelhandelspreis verkaufen. In den Konsumenten, dem die Preisbindung für Markenartikel eine vertraute Erscheinung ist, wird durch das gleichmäßige Verhalten der übrigen Einzelhändler, die sich an den Festpreis halten, der Eindruck einer echten Gemeinschaft entstehen. Jeder wird daher die Bezugspunkte des Vergleiches erkennen. Durch dieses Abheben nicht von einer amorphen Masse, sondern von einer solidarischen Front trifft der Werbende jeden einzelnen Konkurrenten. Wir haben es also mit einer vergleichenden Alleinstellung zu tun. Ebenso

Beispiel 44:

„VK — Benzin — nicht schlechter, aber billiger“ (Plakat an einer Tankstelle).

Es liegt echte Alleinstellungsbehauptung vor, weil die Kraftfahrer die Verhältnisse auf dem Benzinmarkt kennen und daher im Geiste die Worte „als alle Markentankstellen, die Benzin zu Einheitspreisen verkaufen“ ergänzen werden. Damit ist ausnahmsweise trotz der großen Zahl dieser Tankstellen ein konkreter Bezugspunkt geschaffen.

Dasselbe muß sich die Schweizer Firma entgegenhalten lassen, die wie folgt wirbt:

Beispiel 45:

„In der Schweiz tanken Sie vorteilhaft Migrol-Benzin zu nur 46—48 Rp. ... Gottfried Duttweiler. Er hat den Monopolpreis für Benzin zerschlagen zum Vorteil aller Motorfahrer. Auch das Migrol-Öl ist ebenso gut, aber bedeutend billiger⁹¹.“

⁸⁹ v. 27. 1. 54, GRUR 56, 423.

⁹⁰ Linke Tafel von Beispiel 35.

⁹¹ Über kartellrechtliche Fragen, die hier auftauchen, vgl. unten, Kap. 36, IV, 2.

Typisch sind auch Fälle, in denen man die Bezugnahme aus der räumlichen Nähe der Betroffenen erkennt, besonders in kleinstädtischen Verhältnissen. So steht das Plakat in Beispiel 44 zwanzig Meter von einer Tankstelle entfernt, die also jedenfalls betroffen ist. Um nachbarliche Verhältnisse hatte es sich auch im Fall des OLG Wien⁹² gehandelt („Weiß allen voran“). Ein versteckter Vergleich hätte deshalb nahe gelegen. Hinreichend deutlich ist auch

Beispiel 46:

„Meine Möbel sind billiger als die der anderen Möbelfabrikanten in unserem kleinen Ort“⁹³.

2. Die Erkennenden müssen als Abnehmer der Leistung in Frage kommen, die der Werbende durch seine Alleinstellung herausstellt. Nur dann sind sie Werbungsadressat. Bei den Massenartikeln des täglichen Gebrauchs wird jedermann, sonst aber oft nur sehr spezielle Teile des Publikums angesprochen, etwa bei ärztlichen Bedarfsartikeln.

a) Eine zahlenmäßige Umgrenzung kann *konkret oder abstrakt* vorgenommen werden. Rechtsprechung und Literatur gehen regelmäßig von einer abstrakten Berechnung aus, indem sie erörtern, ob die Werbung geeignet sei, von gewissen Teilen des umworbenen Publikums als Bezugnahme erkannt zu werden. Gewisse Unklarheiten herrschen dabei über die Frage, wie groß die Zahl derjenigen sein müsse, die den Vergleich erkennen⁹⁴. Das Reichsgericht und die herrschende Meinung sprechen beim Vergleich im engeren Sinne von „nicht unerheblichen Teilen“ des umworbenen Publikums⁹⁵. Das wird man auch hier anwenden können. Die Möglichkeit, daß geringe Teile des Publikums den Vergleich erkennen können, ist zu vage, um bei abstrakten Betrachtungen eine Verletzung des Rechts auf den *good will* annehmen zu können. Andere Umstände innerhalb der abstrakten Betrachtungsweise sind außer der Anzahl z. B. die Branchenkenntnis und der Bildungsstand der Umworbenen und alle anderen psychologischen Faktoren, die ihre Reaktion auf die Werbung beeinflussen können⁹⁶. Es ist unnötig, gewisse „Brennpunkte“ der Werbewirkung anzunehmen, innerhalb derer der Vergleich aggressiv

⁹² v. 23. 6. 31, GRUR 31, 1307.

⁹³ Fall der „Zentrale“ DW 55, 10, gebilligt von B-H, Rdnote 30 zu § 3 UWG.

⁹⁴ OLG Düsseldorf, CRUR 55, 428 (Beispiel 40) hat keinen Anlaß das zu erörtern, weil seiner Ansicht nach die Bezugnahme in jedem erweckt wird. Ebenso OLG Stuttgart, GRUR 55, 52, weil nach den tatsächlichen Feststellungen dieses Urteils ohnedies fast jeder Käufer die Bezugnahme erkennt. So auch im Falle des OLG Dresden, Anm. 71.

⁹⁵ RG v. 13. 12. 29, GRUR 30, 200; RG v. 9. 3. 37, GRUR 37, 61 (69); RG v. 17. 4. 44, GRUR 44, 154 (155); Callmann, RdNr. 70a zu § 1 i. V. mit RdNr. 25 zu § 14 UWG; D. Reimer, S. 23 und die weiteren Nachweise bei Tetzner, NJW 56, 1901, der dort unterscheidet zwischen Urteilen, die einen „nicht ganz unerheblichen“ und solchen, die einen „nicht unerheblichen“ Teil des Publikums verlangen. Ein sachlicher Unterschied besteht darin wohl kaum.

⁹⁶ Zur Branchenkenntnis vgl. LG Hamburg v. 27. 1. 54, GRUR 56, 423, (r. o.).

wirkt⁹⁷. Denn es kommt nicht auf das Publikum an sich, sondern auf das des Verletzten an.

b) Daneben ist dann, wenn der Kläger beweisen kann, daß ein bestimmter Umworbener die Werbung als Vergleich auf sein Unternehmen aufgefaßt habe, auch eine konkrete Betrachtungsweise möglich. Wenn diese Wirkung von dem angegriffenen Werbespruch überhaupt ausgehen kann (die Verletzung also adäquat kausal ist), ist mit jener Behauptung die Unzulässigkeit der vergleichenden Alleinstellung an sich hinreichend dargetan⁹⁸. Freilich müssen dann die speziellen Voraussetzungen des geltend gemachten Anspruchs nachgewiesen werden. Bei der Schadenersatzklage müßte also in der Person dieses einen Kunden ein Schaden entstanden sein (d.h. er wollte ursprünglich beim Geschädigten kaufen). Außerdem müßte der Werbende schuldhaft gehandelt haben, also voraussehen können müssen, daß der Einzelkunde seine Äußerung als Vergleich auf den Konkurrenten verstehen werde. Bei der Unterlassungsklage bedürfte es des Nachweises, daß weitere spezielle Interessenten erkennen, daß es sich um einen Angriff auf den Kläger handele. (Wiederholungsgefahr). Mit diesen Einschränkungen könnte auch ein konkreter Nachweis für die erkannte Bezugnahme zugelassen werden; Bedeutung könnte er bei Schadenersatzklagen wegen der Abwerbung einzelner Kunden erlangen.

Kap. 12: Alleinstellungsvergleiche ohne aggressiven Charakter

I. Systemvergleich. Den hier zu erörternden Fällen ist gemeinsam, daß sie zwar vergleichen, daß der Vergleich aber den *good will* eines anderen aus den verschiedensten Gründen nicht verletzt. Dieser Mangel am Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB kann am Fehlen eines erkennbaren einzelnen Bezugsobjektes (Systemvergleich) oder an der Art der Bezugnahme liegen, die nicht genügend „gefährlich“ ist (übrige Fälle). Der Systemvergleich also ist eine Anwendung des Grundsatzes, daß man eines hinreichend deutlichen Bezugsobjektes bedarf, um einen verbotenen Vergleich anzunehmen. Eine Ausnahme vom Vergleichsverbot liegt also durchaus nicht vor⁹⁹, sondern ein Fall, der außerhalb der Grenzen dieses Verbotes liegt. Es gibt viel Rechtsprechung und Literatur über den Systemvergleich¹⁰⁰, weil er häufig als Verteidigungsmittel des Beklagten

⁹⁷ So Tetzner, NJW 56, 1901.

⁹⁸ Eine Annäherung an diesen Standpunkt wird man bei Reimer, Kap. 78, RdNr. 4, finden, der schlechterdings von „dem Leser der Reklame“ spricht und die herkömmliche Unterscheidung (o. Anm. 136) nicht trifft.

⁹⁹ So aber Droste, GRUR 51, 140 ff. (142).

¹⁰⁰ Die Rechtsprechung des RG ist bei B—H, Rdnote 30 ff. zu § 1 UWG, fast vollständig wiedergegeben; der BGH hat sie in seinem Urteil vom 13. 11. 51 LM Nr. 3 und vom 20. 5. 52 LM Nr. 11, je zu § 1 UWG bestätigt. Aus der Literatur vgl. neben Droste, a. a. O.: Tetzner, NJW 53, 87; Wetzling, WRP 57, 68; D. Reimer, S. 70—108, B—H, a. a. O., je mit weiteren Nachweisen.

vorgeschützt wird. Das rührt daher, daß an der Rechtsprechung zum Systemvergleich auch diejenige emporrankte, welche den Vergleich zur Verdeutlichung eines Fortschrittes zuläßt, wenn diese nicht anders als durch einen Vergleich der alten und der neuen Leistung möglich ist (sog. „uneigentlicher Systemvergleich“). In Wirklichkeit handelt es sich aber hierbei um einen Anwendungsfall des Rechtfertigungsgrundes des rechten Mittels zum übergeordneten Zweck, der mit der rein tatbestandlichen Frage beim Systemvergleich (ob nicht konkrete Einzelunternehmen, sondern wirtschaftliche oder technische Systeme in abstrakter Form miteinander verglichen werden) nicht zu tun hat. — Eine eingehende Kasuistik kann hier nicht gegeben werden, denn Fälle des Systemvergleiches durch eine Alleinstellungswerbung sind selten. Denn wenn der „Systemvergleich“ zu der Schlußfolgerung einer Alleinstellungsbehauptung führt, liegt auf der „Aktivseite“ schon kein System mehr vor. Dann könnte es sich nur dann um einen Systemvergleich handeln, wenn die in Anspruch genommene Leistung die einzige dieses Systems ist. Eine Probe dieser Schwierigkeiten gibt

Beispiel 47:

Die Lloydwerke ließen durch ihre Vertragshändler Anfang 1958 ein Plakat ausstellen, in dem die Kosten eines Kleinwagens der Klasse von 200—500 ccm mit 2-Takt-Motor den Kosten eines PKW mit 4-Takt-Motor und 600 ccm gegenübergestellt werden; der letztere ist nach dem Plakat im Ergebnis billiger. Schlußfolgerung: „Lloyd, der billigste Kleinwagen.“

Es mag sich um einen echten Systemvergleich handeln; denn auf der Aktivseite stehen ja auch die übrigen Kleinwagen der Klasse mit 600 ccm Hubraum und einem 4-Takt-Motor. Dann aber scheint die allein auf die eigene Marke bezogene Schlußfolgerung diesen gegenüber unrichtig oder doch unfundiert. — Nach der Meinung des Gutachterausschusses für Wettbewerbsfragen¹⁰¹ ist dagegen der Fall, daß eine richtige Alleinstellungsbehauptung und ein Systemvergleich zusammenfallen, weil es nur einen Vertreter auf der Aktivseite gibt, gegeben in

Beispiel 48:

Die Vorteile eines Einkaufs bei einer bestimmten Verkaufsorganisation werden denen bei anderen Bezugsorganisationen gegenübergestellt; Schlußfolgerung: „Die billigste Einkaufsquelle“.

II. *Übrige Fälle; Allgemeines.* Die Angriffe v. Rützen-Kositzkaus¹⁰² gegen die Einbeziehung der „Superlative“ unter das Vergleichsverbot, die zögernde Haltung der Rechtsprechung, die diesen Weg teilweise nicht oder nur zur Hälfte geht, sind, wie gezeigt, praktisch unerwünscht und theoretisch unrichtig; sie drücken für den Einzelfall vielleicht aber berechtigten Zweifel des Rechtsgefühls aus. Die Alleinstellungsbehauptung

¹⁰¹ Gutachten Nr. 9/50.

¹⁰² ÖJZ 56, 590.

muß eine Sonderstellung neben den Vergleichen im engeren Sinne einnehmen, weil sie primär etwas anderes, nämlich die reine Tatsache einer ersten Rangstellung, aussagen will; die vergleichende Aggressivität ist also nur Nebenwirkung. Es gibt Fälle, die gemäß den Auslegungsgrundsätzen der Kap. 10 und 11 dieser Arbeit als versteckte, aber deutlich erkennbare Bezugnahme zu werten sind, aber trotzdem harmlos erscheinen.

III. *Sie verletzen den good will* des Konkurrenten *nicht*, weil die vergleichende Nebenwirkung durch die positive Aussage überdeckt wird. Das Vertrauen, welches einem betroffenen Unternehmen im Verkehr entgegengebracht wird, ist in diesen Fällen bereits begrenzt und überlagert von den Empfindungen, die das Publikum dem werbenden Konkurrenzunternehmen entgegenbringt. Daß wir den Vergleich aus § 1 UWG ausklammerten und in die Gruppe der Verletzungen eines absoluten Rechts einordneten, gewinnt hier praktische Bedeutung. Denn die gegenteilige herrschende Ansicht kann nicht einleuchtend begründen, warum in den hier zu behandelnden Ausnahmefällen kein Verstoß gegen § 1 UWG vorliegen soll. So muß insbesondere Tetzner¹⁰³, der die hier genannten Fälle ebenfalls nicht als wettbewerbswidrig empfindet, zu Rechtfertigungsgründen greifen, um zu dem gewünschten Ergebnis zu gelangen¹⁰⁴. In Wirklichkeit fehlt es am Tatbestand. So kann es in einem der Beispiele Tetzners den Ruf dritter Hotels nicht stören, wenn ein Hotelier mit der (richtigen) Behauptung

Beispiel 49:

„Das höchst gelegene Hotel des Zillertals“

an die Öffentlichkeit tritt. Dies ist eine jedermann bekannte oder leicht erkennbare Tatsache. Die Stellungnahme des Publikums gegen die Unternehmer der „Betroffenen“ ist von Anfang an von dieser Kenntnis mitbestimmt. Der *good will* der möglicherweise betroffenen Unternehmen ist also durch Hinweise dieser Art nicht verletzt. Weder der Tatbestand des § 823 BGB noch der des § 1 UWG ist erfüllt. Tetzner gewinnt dasselbe Ergebnis aus Rechtfertigungserwägungen und vermengt damit wohl zwei Fallgruppen. Es mag sein, daß auch der Werbende in Tetzners zweiten in diesem Zusammenhang gebrachten Beispiel („das führende Hotel am Platze“) zulässig handelt, dann aber aus dem Gesichtspunkt der „notwendigen Verkehrsunterrichtung“¹⁰⁵, also wegen eines Rechtfertigungsgrundes; ein solcher läßt sich in den obigen Beispielen aber schlecht an-

¹⁰³ NJW 56, 1900 ff.

¹⁰⁴ Vgl. seine Ausführungen zu dem unten folgenden Beispiel 52 (Höher zu bewertendes Unterrichtsinteresse). — Die vom Verfasser gegebene Begründung ist dagegen ein Unterfall des Mangels an einer „tauglichen“ Verletzungshandlung, vgl. oben, Kap. 9, III, der wegen seiner Häufigkeit und Wichtigkeit hier gesondert behandelt wird.

¹⁰⁵ Vgl. u., Kap. 36, IV, 1.

nehmen: dem Publikum kann es gleichgültig sein, zu wissen, welches Hotel das höchste und welches Geschäft das älteste ist; wir sind im Gegenteil davon ausgegangen, daß es solche Tatsachen kennt oder mühelos in Erfahrung bringen kann. In den bezeichneten Fällen sieht der Verkehr den Vergleich also wohl, empfindet ihn aber nicht als Herabsetzung. In diesen Ausnahmen muß er — innerhalb der reinen Alleinstellungswerbung¹⁰⁶ — erlaubt sein.

IV. *Einzelmerkmale der Vergleiche ohne Aggressivität.* Es ist richtig, daß solche Alleinstellungen hauptsächlich an Attribute des Unternehmens wie Größe¹⁰⁷, Alter oder Lage anknüpfen werden. Werden Waren oder Fertigungsmethoden zum Gegenstand der Alleinstellungsbehauptung gemacht, so wird der Vergleich, der sich in ihr verbirgt, im allgemeinen aggressiv wirken; der Käufer wird eine nähere Kenntnis von den Qualitäten der Waren meist nicht besitzen. Sie erscheinen ihm auch für seine Wahl von Bedeutung; die Behauptung, eine Ware habe diese oder jene Eigenschaft, wird ihn aufhorchen lassen und veranlassen können, anderen Produkten den Rücken zu kehren. Einen Grundsatz darf man daraus nicht machen: man denke an eine Heilquelle, von der in der Fachwelt bekannt ist, daß sie als einzige einen Stoff X enthalte, mit dem besondere Heilerfolge erzielt werden. Diese Eigenschaft wird die Fachwelt und das Publikum ohnedies kennen. Also darf die Verwaltung des gedachten Badeortes mit der Behauptung

Beispiel 50:

„Das einzige Wasser mit X gegen Herzasthma“

werben. Der enthaltene Vergleich behindert und verletzt den Dritten nicht¹⁰⁸. In die Reihe solcher zulässiger Alleinstellungsvergleiche, die sich auf Wareneigenschaften beziehen, gehört auch

Beispiel 52:

„Bester Steinhäger nur echt bei Firma X, Alleinhaberin des Rezepts für echten Steinhäger“¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Natürlich nicht bei einem Vergleich mit benanntem Bezugsobjekt. So auch Tetzner, a. a. O., Anm. 19.

¹⁰⁷ Hiergegen, in allgemein gehaltener Formulierung, LG Köln v. 15. 4. 53, WRP 55, 23 ff. Freilich wird man einen großen Vorsprung des Werbenden fordern müssen, ehe es zu einer Überdeckung der Aggressivität des Vergleiches kommt; vgl. zu den Anforderungen an die Wahrheit solcher Behauptungen unten, Kap. 16, II. Die bekannte Firma Photo-Porst würde sich aber wegen des obigen Gesichtspunktes auch dann „der Welt größtes Photohaus“ nennen dürfen. Auch die Ausführungen der IHK München v. 4. 4. 57 (Anm. 125), die eine solche Einschränkung nicht treffen, schießen über das Ziel.

¹⁰⁸ Ebenso: „Pepsodent die einzige Zahnpasta mit Irium“ — ein Beispiel, wie die Gesichtspunkte der Offenkundigkeit und der Nebensächlichkeit (unten IV) zusammenfließen können: außer dem oben zu Beispiel 50 Gesagten muß gelten, daß das Publikum die verschiedenen Wirkstoffe, durch die sich jede Zahnpasta laut Anpreisung auszeichnet, nicht ernst nimmt.

¹⁰⁹ OLG Hamm. v. 11. 11. 30, MUW 41, XXXII.

Auch solche Merkmale muß das Publikum kennen dürfen, wenn sie richtig sind. Auch der Behauptung „der echte Macholl kommt nur aus München“¹¹⁰ tut man Gewalt an, wenn man sie¹¹¹ als Vergleich bezeichnet, trotzdem hier nur ein einziger Mitbewerber als Betroffener in Frage kommt, nämlich derjenige, der sich rühmt, die Marke Macholl mitbenutzen zu dürfen. Der Werbende meint aber doch erkennbar, er habe das alleinige Recht, sich dieses Namens zur Kennzeichnung seiner Erzeugnisse zu bedienen. Wenn das richtig ist, so muß der Betroffene diese Aussage hinnehmen. Andernfalls griffe höchstens § 3 UWG ein.

Daneben kann die Aggressivität fehlen, weil das herausgestellte Merkmal im Verkehr zu keiner Bevorzugung des eigenen Geschäftes oder Benachteiligung des fremden Unternehmens führen wird, weil der Verkehr seine Wahl nach anderen Gesichtspunkten trifft (vgl. Anm. 334).

V. Ein *Gewohnheitsrecht*, das die Bezeichnung „ältestes“ und „größtes Geschäft“ erlaubt¹¹², besteht dagegen nicht; denn eine Rechtsüberzeugung, daß Alleinstellungswerbungen als Vergleich unzulässig seien, hat sich erst nach dem zweiten Weltkriege, und auch jetzt noch nicht allgemein herausgebildet, (vgl. oben, Kap. 10, II, III). Deshalb kann umgekehrt nicht von einer auf längerer Übung beruhenden Rechtsüberzeugung gesprochen werden, nach welcher die erwähnten Behauptungen als Vergleich zulässig seien. Richtig ist an Tetzners interessantem Gedanken, daß der Durchschnitts Kaufmann diese Alleinstellung nicht mißbilligt, wenn sie wahr ist. Das stützt freilich das oben gewonnene Ergebnis mit.

Kap. 13: Die Alleinstellungsbehauptung als Verstoß gegen § 14 UWG

I. *Allgemeines*. Von der vergleichenden Alleinstellungswerbung ist es nur ein Schritt zu derjenigen, die eine üble Nachrede (§ 14 UWG) enthält.

1. *Schutzobjekt* ist auch hier der *good will* des betroffenen Unternehmens, nicht etwa die persönliche Ehre seines Inhabers¹¹³, dessen Persönlichkeit in vielen Fällen des modernen Wirtschaftslebens anonym bleibt¹¹⁴, deshalb ist gleichzeitig stets § 823 Abs. 1 BGB verletzt¹¹⁵.

2. Auch hier genügt eine *indirekte Bezugnahme*. Für sie haben die oben zum versteckten Vergleich entwickelten Maßstäbe zu gelten, weil,

¹¹⁰ MUW XXXVII, 79.

¹¹¹ Mit B—H, RdNr. 30 zu § 1.

¹¹² Wie Tetzner, NJW 56, 1902 annimmt.

¹¹³ So Müllereisert, Die Ehre im deutschen Privatrecht, Berlin 1931, S. 371 f.

¹¹⁴ Vgl. dazu Eberhard Schmidts Auseinandersetzung mit der Persönlichkeitstheorie innerhalb des § 17 UWG: Berichte des deutschen Juristentages, 1936.

¹¹⁵ So schon RG vom 1. 4. 42, GRUR 42, 364 ff. (365).

wie eben festgestellt, der Rechtsgrund des Verbotes in beiden Fällen identisch ist. Das Reichsgericht ist unter Billigung der herrschenden Meinung¹¹⁶ wesentlich weiter gegangen; ihm ist jede herabsetzende Äußerung, die eine nicht unübersehbare Menge von Gewerbebetreibenden trifft, ein Verstoß gegen § 14¹¹⁷; das ist zumindest ungenau; ernst genommen, verstößt es gegen den allgemeinen Grundsatz, daß § 14 wegen seiner einschneidenden Rechtsfolgen einschränkend auszulegen ist¹¹⁸.

3. Ein bedeutsamer Unterschied liegt darin, daß § 14 eine *Tatsachenbehauptung* erfordert. Alle Werturteile können Gegenstand eines Vergleiches sein (jeder Vergleich enthält sogar eine wertende Gegenüberstellung zweier Leistungen), nicht so bei § 14 UWG¹¹⁹. § 14 läßt auch den Wahrheitsbeweis zu, auf den es innerhalb der vergleichenden Werbung nicht ankommt.

II. Bedeutung des § 14 UWG für die Alleinstellungswerbungen. Für die Feststellung, ob eine Alleinstellungswerbung zulässig ist, kommt dem § 14 UWG keine größere Bedeutung zu. Denn, wie oben gezeigt, decken sich die Voraussetzungen des Vergleiches teils mit denen der Anschwärzung (o., I, 1, 2), teils sind sie leichter erfüllt (oben, I, 3). Allerdings ist innerhalb des § 14 die Schadenersatzpflicht nicht vom Verschulden abhängig. Außerhalb der Alleinstellungsbehauptung gibt es Fälle, in denen sich die Werbung darauf beschränkt, fremde Mängel herauszustellen. Die Alleinstellung will aber in erster Linie die eigenen Vorzüge ins Licht rücken. Soweit sie daneben andere betrifft, ist sie zunächst einmal Vergleich; ist das *tertium comparationis* etwas *Notwendiges* („echte, preiswürdige, zuverlässige Ware“) so ist die (tatsächliche) Behauptung, allein darüber zu verfügen, geeignet, den Geschäftsbetrieb oder den Kredit derer zu schädigen, die durch einen solchen Vergleich getroffen sind. Hier liegt also unter Umständen ein Verstoß gegen § 14 UWG vor. Die Unzulässigkeit der Alleinstellung kann also § 14 UWG im allgemeinen nicht begründen; wenn er aber noch zusätzlich anwendbar ist, zieht dies schärfere Rechtsfolgen nach sich.

III. Beispiele

Beispiel 52:

Beide Parteien dürfen ihre Waagen unter der Bezeichnung „Eßmann-Waagen“ in den Handel bringen. Die Beklagte wirbt wie folgt:

¹¹⁶ Vgl. nur Callmann Rdnote 25a; Reimer Kap. 97 Rdnote 4; B—H Rdnote 10 zu § 14 und die dortigen Nachweise.

¹¹⁷ RG v. 7. 7. 33, GRUR 33, 724, (729).

¹¹⁸ Nicht nur bezüglich des Wettbewerbszweckes, vgl. dazu Fuld, JW 28, 254.

¹¹⁹ Vgl. dazu die Nachweise bei Reimer, Kap. 97, Randnote 7 ff.

„Achten Sie beim Einkauf von Eßmann-Waagen auf meine untenstehende Schutzmarke: nur diese garantiert für zuverlässige prima Arbeit“¹²⁰.

Die Beklagte nimmt eine Alleinstellung für Zuverlässigkeit in Anspruch; sie spielt eindeutig auf den anderen Hersteller von „Eßmann-Waagen“ an (vgl. oben § 5, a). Es liegt schon ein Vergleich, aber auch eine Anschwärtzung vor, denn es handelt sich um die tatsächliche Behauptung, die anderen Eßmann-Waagen seien unzuverlässig.

Beispiel 53:

„Achtung beim Einkauf von Palliativ-Creme. Nur mit einer Taube ist die Ware echt. Eine Dose, die einen Trompeter zeigt, ist eine Nachahmung.“

Das war unrichtig; deshalb hatte die auf § 14 UWG gestützte Unterlassungsklage Erfolg¹²¹.

Beispiel 54:

„Nachdem ich alle photographischen Arbeiten selbst ausführe, bin ich in der Lage, unbedingt billiger zu arbeiten, wie jede Konkurrenz in G.“¹²².

„Billiger als jeder“ ist eine klare Alleinstellungsbehauptung. Die Bezugnahme ist nicht ausgesprochen, richtet sich aber bei den engen örtlichen Verhältnissen erkennbar gegen einen einzigen Mitbewerber. Daher handelt es sich eindeutig um einen Vergleich. Mit der Behauptung, der Billigste zu sein, nimmt der Beklagte zwar keine Alleinstellung für eine „Notwendigkeit“ in Anspruch: der Verkehr ist sich im klaren, daß die billigste Leistung nicht immer vorzuziehen ist. Die Anschwärtzung ergibt sich hier aus der besonderen Gehässigkeit des Vergleiches: das getroffene Photogeschäft soll seine Photoarbeiten, wie der Beklagte weiter behauptet, auswärts ausführen lassen.

Beispiel 55:

„Die einzig hygienisch befriedigende Marke — das einzige Werk, das Garantie leistet“¹²³.

Der erste Werbesatz ist eine Anschwärtzung und wird auch vom erkennenden Gericht so verstanden. Beim zweiten gilt das nur, wenn der Verkehr das Leisten von Garantie für eine Notwendigkeit hielte, so daß eine Ware ohne Garantie als mangelhaft angesehen würde; das ist durchaus nicht immer der Fall, wie der Handel mit gebrauchten Kraftfahrzeugen lehrt. Der OHG Wien hat sich für diesen Fall auf denselben Standpunkt gestellt und den zweiten Teil der Werbung ausschließlich wegen seiner faktischen Unrichtigkeit verboten.

¹²⁰ Fall des RG v. 24. 12. 28, GRUR 29, 359 ff.

¹²¹ RG v. MUW XXI, 149 ff.; gebilligt von Callmann, RdNr. 14 zu § 14 UWG.

¹²² Fall des OLG Wien v. 14. 9. 29, GRUR 29, 1321 f. das den § 7 österr. UWG (= 14 dtsh. UWG) anwendet.

¹²³ OGH Wien v. 10. 9. 30, MUW XXXI, 115.

B. „Gesinnungsethisch“ begründbare Verbote der Alleinstellungswerbung

Kap. 14: Die unrichtige Alleinstellungsbehauptung; Allgemeines

I. *Vorbemerkungen und Terminologie.* Die große Masse der übrigen Alleinstellungswerbungen, die sich auf keinen Mitbewerber beziehen lassen, prüft die Rechtsprechung gemeinhin nach § 3 UWG, also darauf, ob sie richtig sind oder nicht; darin erschöpft sich die Erörterung. Auch für die unrichtige Alleinstellungswerbung ist freilich § 3 UWG nicht der alleinige Sitz der Materie. Denn er setzt eine öffentliche Bekanntmachung voraus, trifft also eigentlich nur den, der Alleinstellungs-„reklame“ treibt. Man wird aber annehmen müssen, daß nichtöffentliche Werbebehauptungen, die unrichtig sind, einen Verstoß gegen § 1 UWG bilden¹²⁴. Wenn hier also, wie beabsichtigt, das Gebiet der unwahren Alleinstellungsbehauptung für beide Vorschriften zusammen behandelt werden soll, so ist dazu der Begriff „Alleinstellungsreklame“ nicht geeignet. Aber eine andere Einschränkung des Oberbegriffes „Werbung“ kann vorgenommen werden. „Richtig“ im Sinne des § 3 UWG kann nämlich nur eine Behauptung, nicht etwa auch ein Werturteil, sein. (Der äußerst seltene Ausnahmefall des sog. Scheinurteils soll einmal ausgeklammert werden). Das Werturteil kann wahrhaftig oder unwahrhaftig sein; doch diese Fälle meint § 3 UWG nicht; auch § 1 UWG greift nicht ein; beides wird noch näher dargelegt¹²⁵. So ist es gerechtfertigt, in diesem Abschnitt von richtigen und unrichtigen Alleinstellungsbehauptungen zu sprechen; die Literatur verwendet meist die verschwommenen Begriffe „unwahre Werbung“. Dieser Sprachgebrauch stimmt auch mit dem des Gesetzes (§ 3 UWG: „unrichtig“) nicht überein.

II. *Die geschützten Rechtsgüter.* Unrichtige Werbebehauptungen können das Unternehmen in seiner Entwicklung gefährden, weil sie ihm möglicherweise Kunden abspenstig machen. Dabei wird aber nicht, wie beim Vergleich, notwendig in ein absolutes Recht des Konkurrenten eingegriffen, weil auch die Abwerbung erst künftiger Kunden in Frage steht und weil der *good will* auch nur gefährdet, nicht wirklich verletzt werden muß¹²⁶. Geschütztes Rechtsgut sind also zunächst die Unternehmen der Konkurrenten. Da sie aber schon vor einer nur *möglichen*

¹²⁴ Vgl. unten, Abschn. V und VI.

¹²⁵ Unten, Kap. 15.

¹²⁶ So auch Sprüngli, Der unlautere Wettbewerb, Zürich, 1955, S. 101; Die wirtschaftliche Schädigung in der Form des Entzugs der Kundschaft als begriffswesentlich (sc. für den Begriff des Unlauteren Wettbewerbs) voraussetzen, hieße . . . die schwindelhafte Reklame als erlaubt bezeichnen.“

Gefährdung geschützt sind, muß kein Eingriff in diese Rechtsgüter, also nicht der Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB, vorliegen¹²⁷.

Aber auch die Allgemeinheit ist mitgeschützt, was früher stark umstritten war; auch heute finden sich noch Gegenstimmen¹²⁸. Es ist aber völlige herrschende Meinung geworden¹²⁹, die auch der Verfasser vertritt; er darf zur Begründung auf Kapitel 3, VI verweisen. Dort ist freilich nur von § 3 UWG die Rede. Bei der unrichtigen Einzelbehauptung liegt der Fall anders. Hier wird durch die Täuschung unmittelbar nur ein Kunde betroffen. Das öffentliche Interesse an einer sachgemäßen Unterrichtung der Allgemeinheit ist nicht gefährdet. Als verletztes Rechtsgut der Allgemeinheit käme also allenfalls das Kulturinteresse an einer aufrichtigen Reklame in Frage. Aber gerade um Reklame handelte es sich hier ja nicht; die Einzelwerbung hat nicht jene soziologische Wichtigkeit, die ein Mindestmaß an Kontrolle bedingt¹³⁰. Man könnte also nur noch an ein Interesse an der Einhaltung der wettbewerbsrechtlichen Normen an sich, an der Lauterkeit des Verkehrs oder an der Wahrung des wettbewerblichen Friedens denken, alles Begriffe, die nicht verwendet werden können, wie schon nachzuweisen versucht wurde. Nach allem ist also ein Rechtsgut der Allgemeinheit wohl bei der unrichtigen Alleinstellungsreklame, nicht aber bei der unrichtigen Alleinstellungs-Einzelwerbung geschützt.

III. Gesinnungsethik oder Verantwortungsethik? Der Vorwurf, welcher dem Werbenden in § 3 UWG gemacht wird, geht dahin, daß er etwas Unrichtiges gesagt habe, um seinen Geschäftsbetrieb zu fördern und damit die Möglichkeit gesetzt zu haben, das Publikum zu täuschen und fremde Unternehmen zu schädigen. Bei der unrichtigen Einzelbehauptung gilt das Entsprechende. Der Handelnde war also aus Eigennutz unwahrhaftig. Das ist schon ein „gesinnungsethischer“ Vorwurf. Eine „verantwortungsethische“ Begründung ist nicht nur unnötig, sie wäre auch dem Verbot wesensfremd. Denn von den Folgen des Handelns hängt hier nichts ab. Sie müssen nicht erst abgewogen und am allgemeinsten und letzten Gut, dem Gemeinwohl, gemessen werden, um zu einem sittlichen Unterlassungsgebot zu gelangen. Die eigennützige Lüge trägt vielmehr ihren Aktunwert für jeden erkennbar schon in sich.

IV. Kurze Übersicht der einzelnen Tatbestandmerkmale des § 3 UWG

1. Die folgende kurze Aufzählung soll nur dazu dienen, das Verständnis für die Anwendung des § 3 UWG und des aus § 1 UWG folgenden

¹²⁷ So auch Hefermehl in Festschrift für Nipperdey, München und Berlin, 1955, S. 286 oben („erscheint ungünstig, irreführende Angaben... als Unternehmens- oder Persönlichkeitsverletzungen anzusehen“.)

¹²⁸ Vgl. Anm. 70 zum ersten Hauptteil.

¹²⁹ Vgl. die Nachweise in Anm. 62 f. des ersten Hauptteils.

¹³⁰ Vgl. oben, Kap. 3, VII.

Verbot es unrichtiger Einzelbehauptungen auf die Alleinstellungen und die dabei auftauchenden *besonderen* Probleme zu fördern; die wichtigsten Einzelmerkmale („Behauptung“ und „unrichtig“) sind übrigens unten gesondert zu behandeln; im übrigen fordert § 3 UWG:

2. Daß es sich um Angaben „über geschäftliche Verhältnisse“ handle. Dies müssen nicht Verhältnisse des eigenen Geschäftes sein. Geschäftsverhältnisse sind auch die allgemeine Geschäftslage. Wer also öffentlich damit wirbt, bald werde es eine Inflation geben, verstößt damit u. U. nicht nur gegen § 1 UWG (Gesichtspunkt der Panikmache), sondern auch gegen § 3 UWG.

3. Diese Angaben müssen geeignet sein, den Anschein eines besonders günstigen Angebots zu erwecken. Dieser Gesichtspunkt kann hier vernachlässigt werden, denn wer eine Alleinstellung in irgendeiner Hinsicht behauptet, ruft diesen Anschein fast immer hervor. Im übrigen kann § 1 UWG eingreifen, wo ein besonders günstiges Angebot nicht vorgespiegelt wird¹³¹.

4. Ferner ist nach § 3 UWG notwendig, daß die Angaben in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mitteilungen gemacht werden, die für einen größeren Personenkreis bestimmt sind. Wer aber planmäßig Einzelpersonen gegenüber wirbt, tut dies vor einem größeren Personenkreis¹³². Denn er beeinflusst die öffentliche Meinung und ihre richtigen Vorstellungen ebenso wie der öffentlich Reklametreibende. Wer nicht öffentlich mit unrichtigen Behauptungen wirbt, handelt nach § 1 UWG sittenwidrig; trotzdem ist die Unterscheidung sorgfältig zu prüfen; denn in letzterem Falle sind keine Interessen der Allgemeinheit verletzt; hier käme also eine Verwirkung der Unterlassungsansprüche in Frage¹³³.

V. Der Tatbestand bei der unrichtigen Einzelbehauptung einer Alleinstellung als Verstoß gegen § 1 UWG ist noch weitgehend unerforscht; Unwahrheiten dieser Art fehlt freilich die Breitenwirkung der Alleinstellungsreklame; sie wirken aber auf den einzelnen Kunden, dem gegenüber sie gebraucht werden, viel stärker ein. Der Verstoß gegen das Sittegefühl ist in beiden Fällen gleich (oben III). Grundsätzlich verstößt also jede Behauptung einer unrichtigen Tatsache, die zu Werbezwecken abgegeben wird, gegen die guten Sitten im geschäftlichen Verkehr.

Dieser Grundsatz bedarf einer Einschränkung. § 1 UWG soll bestimmten begrenzten Zwecken und nicht der Herrschaft einer idealen Ethik im Geschäftsleben dienen. Der bestimmte Zweck liegt hier in dem Schutz

¹³¹ Vgl. unten, Abschnitt V.

¹³² RG v. 11. 5. 26, MUW 26, 78 ff. (79).

¹³³ Verwirkung ist im Wettbewerbsrecht nur dann und deswegen ausgeschlossen, wenn die Handlung auch öffentliche Interessen verletzt, vgl. die Nachweise bei B—H, Einl. v. § 1 UWG, Rdnote 253.

des möglicherweise betroffenen Konkurrenten¹³⁴. Also muß die behauptete Unwahrheit einem Konkurrenten schaden können. Der BGH hat dagegen mit Recht die gleiche Entscheidung sinngemäß getroffen und ausgeführt, sie liege vor allem dann vor, wenn durch die Werbung ein Konkurrent geschädigt werde, wenn insbesondere das Publikum über die Absatzstätten des Mitbewerbers getäuscht werde¹³⁵. Allgemein wird man sagen können, daß eine unrichtige Behauptung dann gegen § 1 UWG verstößt, wenn sie geeignet ist, entweder die gewerbliche Tätigkeit anderer zu beeinträchtigen oder die eigene zu fördern. Eine solche Betrachtung hat sich noch nicht durchgesetzt; bahnbrechend könnte hier das soeben zitierte Urteil des BGH gewirkt haben; es verzichtet freilich noch nicht auf das Merkmal der öffentlichen Behauptung, sondern auf das des Anscheins eines besonders günstigen Angebots¹³⁶. Wenn dies möglich ist, muß aber im Rahmen des § UWG das Erfordernis der Öffentlichkeit fallen können, das der § 3 UWG aufstellt.

Die anderen Voraussetzungen des § 1 UWG (Wettbewerbszweck und Wettbewerbsverhältnis) müssen noch hinzukommen. Anders wäre es nur, wenn auch § 826 BGB anzuwenden wäre. Der Wettbewerbszweck kann aber nicht hinweggedacht werden, ohne daß eine rechtlich erhebliche Sittenwidrigkeit wegfiel. Denn sonst wäre jede unrichtige Behauptung ein Rechtsverstoß.

Der Tatbestand der unrichtigen Alleinstellungsbehauptung mit Schädigungszweck, aber ohne Anschein eines günstigen eigenen Angebots, ist oben schon mitbehandelt worden; insoweit kann auf das oben zitierte Urteil des BGH unmittelbar zurückgegriffen werden. Wettbewerbsverhältnis und Wettbewerbszweck (§ 1 UWG) sowie die speziellen Anspruchsvoraussetzungen müssen auch hier hinzukommen. § 1 UWG erweitert den Schutz, den § 3 UWG gegen werbliche Unehrlichkeit gewährt, also in zwei Richtungen.

VI. Prozeßrechtliche Bemerkungen

1. Zu der neuerdings für § 3 UWG nicht unbestrittenen Fragen, wer die *Beweislast* für die Richtigkeit der Alleinstellungsbehauptung trägt, vgl. unten, Kap. 22.

¹³⁴ Man sieht, wie die Bestimmung des verletzten Rechtsgutes das rein von der Moral her zu gewinnende Ergebnis korrigiert, (oben, Kap. 3, I, 4).

¹³⁵ v. 26. 4. 57, GRUR 57, 491 ff.

¹³⁶ Freilich könnte man aus dem Urteil des BGH v. 16. 2. 51, BGHZ 1, 194 ff. (199) einen anderen Standpunkt herauslesen. Dort handelt es sich um Patentsverwarnungen in Briefen. Damit war aber schon ein Eingriff in das Recht am Gewerbebetrieb gegeben; die Vorschrift des § 3 UWG interessiert den BGH nur noch am Rande; er erklärt — deshalb mehr beiläufig — daß dessen Tatbestand nicht gegeben sei, weil es an der Öffentlichkeit der Ankündigungen fehle; ob durch unrichtige Einzelwerbungen § 1 UWG verletzt werde, hatte der Gerichtshof nicht zu prüfen.

2. Verstöße gegen § 3 UWG kann jeder der nach § 13 Abs. 1 UWG Berechtigten verfolgen; Zweifel können hier nicht bestehen, weil auch ein allgemeines Rechtsgut verletzt ist. Anders bei der unrichtigen Einzelbehauptung. Der Zweifel ist wie oben beim Falle des Vergleiches als Verstoß gegen § 1 UWG¹³⁷ zu lösen.

Kap. 15: Gegenstand des Verbots: die „Angabe“ oder „Behauptung“

I. Abgrenzung des Begriffs. Nach einstimmiger Meinung muß es sich bei „Angaben“ nach § 3 UWG um solche tatsächlicher Natur handeln. Reine Werturteile können nicht sachlich unrichtig sein, weil sie nicht nachprüfbar sind. Diese Argumentation vom Wortlaut her ist allein noch nicht zwingend. Werturteile könnten zwar nicht unrichtig, aber unehrlich sein, wenn nämlich der Werbende von seinem eigenen Wertmaßstab abbrückt und sich zum Schein eines anderen bedient, also etwa Filme lobt, die ihm selbst nicht gefallen. Das Beispiel zeigt aber, daß die herrschende Meinung auch aus sachlichen Gründen grundsätzlich das Richtige trifft; denn eine so strenge Anschauung muß dem Wettbewerbsrecht als dem Recht eines Teilaspektes der Wirtschaft fremd sein; kein Schutzzweck deckt insoweit grundsätzlich das ethische Postulat¹³⁸. Eine Ausnahme muß für Fälle wie den folgenden gelten:

Beispiel 56:

Ein Gasthof in einer eintönigen Landschaft pries in einer Tageszeitung „Zimmer mit herrlichster Aussicht und zu billigsten Preisen“ an.

Nun gibt es keine Landschaft, in der eine vertiefte Betrachtung nicht viel Schönes finden könnte; eine solche Auffassung ist aber der heutigen kommerzialisierten Touristik fremd; jeder erwartet, daß hier mit einem Durchschnittsmaßstab gemessen wird. Callmann¹⁹ nennt solche Urteile „Scheinurteile“ und unterstellt sie dem § 3 UWG. Dem wird man sich anschließen müssen; denn nicht die Wortfassung kann den Begriff abgrenzen, sondern der Schutzzweck; hier vor allem das Interesse des Publikums an richtiger Unterrichtung. Es ist im ersten Falle nicht verletzt, denn jeder weiß, daß bei Filmen jedermann eigene Maßstäbe hat und die Werbung nichts darüber sagen kann, ob uns selbst der Film gefallen wird. Im anderen Falle hat sich ein gewisser Einheitsgeschmack herausgebildet, den jeder, der eine Reise plant, zugrunde legt (auch wenn er die gelobten Gebiete dann gerade vermeidet). Auch die Besinnung auf die Maßstäbe der Sittenwidrigkeit stützt diese Abgrenzung. Die Täuschung durch Werturteile unter Abweichen von einem soziologisch ge-

¹³⁷ Kap. 10, IX.

¹³⁸ Siehe oben, Kap. 3, I, 4.

¹³⁹ Rdnote 15 zu § 3 UWG mit weiteren Nachweisen; davon ist der Hinweis auf RG JW 1911, 786 ein Fehlzitat.

festigten Wertmaßstab ist verwerflich, zumal, wenn der „Verbraucher“ die Täuschung nicht ohne weiteres erkennen kann. Anders, wenn sich jeder selbst ein unmittelbares Urteil bilden kann oder weiß, daß allgemeine Maßstäbe nicht existieren. Ergebnis: „Angaben“ im Sinne des § 3 UWG sind Behauptungen und Scheinurteile. Scheinurteile sind solche, die für das Publikum unerkennbar von einem soziologisch gefestigten Wertmaßstab abweichen.

II. Es bleibt noch übrig, den Begriff der Behauptung selbst näher von den übrigen Wertungen abzugrenzen. Eine Wertung liegt nur vor, wenn ein Sachverhalt an Maßstäben gemessen wird, die objektiv nicht allgemein verbindlich nachprüfbar sind; dies gilt vor allem für ästhetische Urteile. Schlußfolgerungen, die eine objektive und eine subjektive Komponente enthalten, fallen nicht unter diesen systematischen Begriff der Wertung. Dies gilt etwa für den „komfortabelsten Wagen“. Hier wird freilich auch gewertet. Denn nicht jeder hat die gleichen Maßstäbe für das, was bequem sein kann. Aber die Wertung *gründet* sich auf objektiv feststellbare Sachverhalte, nur die Schlußfolgerung ist subjektiv. Zweifelhaft ist, ob die Bezeichnung „modernste“ eine reine Wertung darstellt; auch hier ist wohl ein tatsächlicher Kern vorhanden. Dagegen gehören zu den reinen Wertungen Fälle wie

Beispiel 57:

„Helena Rubinstein — die bedeutendste Schönheitsspezialistin hilft auch Ihnen“¹⁴⁰.

Beispiel 58:

„Die schönste Neuausmusterung“ (von Sportstrümpfen)¹⁴¹.

Kap. 16: Die Anforderungen an die Richtigkeit der Alleinstellungsbehauptung

I. Allgemeines; Maßstäbe

1. Ob eine Alleinstellung richtig ist, ist zunächst eine Frage des Sinnes, der in der Behauptung liegt. Erst wenn er feststeht, kann überhaupt geprüft werden, ob er richtig ist. Auch bei der Prüfung unter dem Gesichtspunkt des § 3 UWG kommt es wieder auf die Auffassung des umworbenen Publikums¹⁴² an; denn Zweck der Norm ist der Schutz der Konkurrenten vor Gefährdung ihres Kundenkreises und der Schutz der Käufer vor Übervorteilung¹⁴³. Ersteres liegt nur vor, wenn der mögliche Kundenkreis der Konkurrenten, also das gesamte umworbene

¹⁴⁰ Nach Sonderland, BB 53, 959.

¹⁴¹ Fall der „Zentrale“, DW 57, 14; kein Werturteil ist der Satz „Das verbreitetste Blatt der Gegend“; so aber RG in MUW 6, 16; dagegen auch Rosen-thal, Rdnote 91 zu § UWG, KG v. 23. 4. 31, MUW 32, 305 ff. (306 links oben).

¹⁴² Vgl. zu dessen Umfang oben, Kap. 6, I.

¹⁴³ Oben, Kap. 14, II.

Publikum, durch die Behauptung irregeführt werden; soweit die Käufer geschützt werden sollen, ist ebenfalls klar, daß es darauf ankommt, wie sie selbst die Werbung verstehen; aus dieser Betrachtung folgt auch, warum es bei „abstrakter Betrachtung“ genügt, wenn „nicht unbeachtliche“ Teile des umworbenen Publikums durch die Behauptung irregeführt werden¹⁴⁴. Denn schon dann ist der Kundenkreis mindestens eines Konkurrenten gefährdet, schon dann sind auch die Interessen der Allgemeinheit verletzt. Aus diesem Grunde liegt der Schwerpunkt der folgenden Untersuchungen zunächst in der Feststellung des Sinngehalts einer Werbung. In Frage kommen meist eine oder mehrere Auslegungen, bei denen sich ein Sinn ergibt, der die Werbung wahr erscheinen läßt und eine oder mehrere gegenteilige Auslegungen. Stellt der Richter fest, daß die letztere von einem nicht unbedeutenden Teil der Umworbenen angenommen wird, so ist § 3 UWG verletzt; dadurch wird die sonst so schwierige Tatfrage hier erleichtert¹⁴⁵.

2. Daneben ist auch eine konkrete Betrachtungsweise möglich, wenn nachgewiesen wird, daß auch nur ein Umworbener die Werbung „falsch“ versteht. Die Härten dieser wie beim Vergleich¹⁴⁶ notwendigen Konsequenz werden dadurch gemildert, daß die speziellen Anspruchsvoraussetzungen¹⁴⁷ besonders streng zu prüfen sein werden.

II. Einzelheiten zur Richtigkeitsprüfung. Zunächst ist in jedem Einzelfall zu klären, wie die Umworbenen die Werbebehauptung verstehen. Dabei werden sich zwei Gruppen herausstellen: es wird entweder **Ein Vorsprung in der Leistung** oder **Ein Vorsprung an objektiven Geschäftswerten** behauptet.

1. *Ein Vorsprung an Leistung* wird unter anderem dann vorliegen, wenn sich der Werbende mit seinen Waren befaßt.

Beispiel 59:

„Das kleinste Hörgerät der Welt ist da“¹⁴⁸.

Beispiel 60:

„... weil der Volkswagen dem Ideal des unbedingt zuverlässigen, komfortablen, gutaussehenden Gebrauchswagen am nächsten kommt“¹⁴⁹.

Beispiel 61:

„Filmrevue — Deutschlands größte Filmillustrierte“.

¹⁴⁴ Wie beim Vergleich, vgl. oben, Kap. 11, II, 2 a.

¹⁴⁵ Interessant ist, daß im Rahmen des § 18 HGB, der nur dem Schutz der Allgemeinheit dienen soll, die Auffassung „der Allgemeinheit“ erforderlich sein soll, die einer nicht unerheblichen Minderheit genügt dort also nicht. Nachweise bei Würdinger, Anm. 17 zu § 18 HGB.

¹⁴⁶ Vgl. Kap. 11, II, 2 b.

¹⁴⁷ Also Verschulden für den Anspruch auf Schadenersatz und Wiederholungsgefahr für den Anspruch auf Unterlassung.

¹⁴⁸ Fall des unveröffentlichten Beschlusses des OLG Nürnberg v. 5. 3. 53, 3 U 203/52.

¹⁴⁹ Aus Tetzner, JZ 53, 206.

In Beispiel 59 wird eine bestimmte, leicht meßbare Eigenschaft der Ware herausgestellt. Der Verkehr wird einen Unterschied zum nächst größeren Hörgerät erwarten, der bei der praktischen Anwendung eine Rolle spielt; bei der Eigenart des Artikels werden wenige Millimeter genügen. Freilich muß das Gerät auch wirklich lieferbar sein („ist da“). Auch bei Beispiel 60 haben wir es noch mit einer exakten Angabe von Einzelveiten zu tun, mit Ausnahme der Behauptung, daß der Volkswagen der schönste Gebrauchswagen sei; hier liegt ein reines Werturteil vor. Die Angaben „der zuverlässigste“, „der komfortabelste Gebrauchswagen“ sind das Resümee einer Wertung, die auf verschiedenen tatsächlichen Einzelumständen beruht. Sie haben eine faktische und eine normative Komponente. Wegen ersterer fallen sie unter § 3 UWG. Da nun jede Wertung einen Unsicherheitsfaktor in sich schließt, der aber zu Lasten des Werbenden gehen muß, wird hier ein *erheblicher* Vorsprung nachzuweisen sein, wenn die Reklame als wahr gelten soll.

In Beispiel 59 gilt im Prinzip dasselbe; nur wird mit dem Wort „größte“, selbstverständlich nicht etwa das Format, sondern die Bedeutung gemeint. Es sind also alle denkbaren Bewertungsfaktoren zu untersuchen, auf die es dem Verkehr in dieser Hinsicht ankommt¹⁵⁰; z. B. für eine Zeitschrift: Auflage, Format, Seitenzahl, „überragende Aktualität, Vielfalt und Fülle des redaktionellen Stoffes, überragende durchtechnische Ausstattung“, auf welche Umstände das OLG München¹⁵¹ abstellt. Bei einer Fachzeitschrift wird es insbesondere auf die Zahl der Abonnenten ankommen, weil sie das Interesse der Fachwelt am zuverlässigsten widerspiegelt¹⁵².

Vorsprung in der Leistung wird auch behauptet, wenn das eigene Unternehmen als das größte, das leistungsfähigste, das „erste“ herausgestellt wird. Letztere Behauptung ist kein reines Werturteil, sondern enthält eine, wenn auch ziemlich unbestimmte, Herausstellung der Tatsachen, auf denen die eigene Leistungsfähigkeit beruht¹⁵³. Auch hier gilt deshalb die Unterscheidung zwischen objektiv nachprüfbar und nur mittels einer Wertung nachprüfbar Behauptung.

Beispiel 62:

„Die neue Parker 51 — die begehrteste Feder der Welt“.

¹⁵⁰ KG v. 23. 4. 31, MUW 31, 305 ff. Der dortige Fall lehrt, daß der Slogan „die größte aller ... Zeitungen Deutschlands“ vor allem unter dem Gesichtspunkt der Auflage zu prüfen ist, wenn er sich an die Interessenten wendet. Bei einer Werbung unter dem Leser komme es *mehr* auf Gediegenheit und Fülle des Stoffes an.

¹⁵¹ v. 15. 3. 55, GRUR 55, 595, („Deutschlands größte Illustrierte“) Einen Katalog ähnlicher Erfordernisse bringt die freiwillige Einigungsstelle bei der IHK München in ihrem Gutachten v. 6. 9. 57 (BB 57, 124 b) für den Slogan „Das führende Haus in der ... Branche“.

¹⁵² KG, a. a. O.

¹⁵³ Vgl. Reimer, Kap. 86, RdNr. 14.

Es wird der höchste Umsatz im Welthandel behauptet. Es genügt ein Vorsprung, der in der Verkehrsauffassung erheblich erscheint. Selbstverständlich muß er hier prozentual höher sein als bei Beispiel 59; die Natur der Behauptung ist verschieden. Gleich ist aber, daß sie rein faktisch, eindeutig und frei von Wertungen¹⁵⁴ sind.

Beispiel 63:

„Photo-Forst, der Welt größtes Photohaus“.

Hier muß, ähnlich wie in Beispiel 61, eine Mehrzahl von Faktoren, nämlich Ladenfläche, Personal, auch Fachpersonal, Umsatz, Lagerbestand nach Größe und Auswahl, Lage, Leistungsfähigkeit, Kredit, Lieferfristen, Spezialabteilungen, Schulung des Personals usw.¹⁵⁵, Fortschrittlichkeit der Einrichtung¹⁵⁶, untersucht werden. Diese Umstände sind kumulativ zu werten und haben nicht alle die gleiche Bedeutung¹⁵⁷. Überragende Stellung in einem besonders wichtigen Punkt kann gleiche Leistungshöhe in einer nebensächlichen Beziehung ausgleichen.

2. (Zeitfaktor). Wird ein Vorsprung in der Leistung behauptet, muß er in der Regel nicht nur im Verkehr bedeutsam oder, bei normativem Einschlag, überragend sein, sondern auch so gesichert erscheinen, daß er für längere Zeit aufrecht erhalten bleiben kann; denn es würde dem durch die Vorschrift mitgeschützten Interessen der Allgemeinheit (vgl. o., Kap. 14, II) zuwiderlaufen, wenn sich alle Jahre ein anderes Geschäft als „das größte“ bezeichnen und seine Waren als „die besten“, „die meist gekauften“ anbieten könnte¹⁵⁸. Davon hat eine Ausnahme für die Herausstellung technischer Eigenschaften zu gelten. Einmal, weil praktisch nicht absehbar ist, wann bei dem raschen technischen Fortschritt die Spitzenstellung des Werbenden auch von der Konkurrenz erreicht ist und das Publikum eine solche Entwicklung erwartet, und weil dem Werbenden die Berufung auf seinem der Natur nach vorübergehenden technischen Fortschritt erlaubt sein muß¹⁵⁹. In den Beispielen 59 und 60

¹⁵⁴ „Begehrtest“ bedeutet hier nur „meist gekauft“.

¹⁵⁵ Vgl. KG v. 23. 4. 31, MUW 32, 305 f. und das in dieser Hinsicht beispielhafte Urteil des LG Köln v. 15. 4. 53, WRP 55, 23 ff. (in soweit zustimmend: Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, DM 55, 72; zu urteilen war über den Text „das größte Radiogeschäft am Platze“); OLG Hamm v. 7. 5. 29 MUW 29, 467; von Rützen-Kositzkau, ÖJZ 56, 590; Zentrale in DW 55, 82; Burmann, III, S. 14 f.

¹⁵⁶ Burmann, a. a. O.

¹⁵⁷ Vgl. KG MUW 31, 306.

¹⁵⁸ LG Köln, a. a. O., LG München v. 15. 3. 55, GRUR 55, 585 ff.; KG, a. a. O.; v. Rützen-Kositzkau, ÖJZ 56, 589; Burmann, III, S. 14; Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs in DW 55, 71. Eine andere Begründung läßt sich nicht geben: der Konkurrent wäre durch einen raschen Wechsel solcher Behauptung nicht berührt, wenn sie nach den obigen Grundsätzen wahr sind; ein Beweis für die praktische Bedeutsamkeit des Gedankens des Publikums-schutzes.

¹⁵⁹ Auch in anderen Fällen muß das Interesse des Betroffenen an der Verfolgung dem öffentlichen Interesse am technischen Fortschritt bis zu

kann also eine derartige zeitliche Einschränkung nicht in Betracht kommen.

3. *Objektive Geschäftsvorteile* sind z. B. die geographische Lage, das Alter eines Geschäftes, die Echtheit eines Produktes. Eine Wertung ist hier allgemein ausgeschlossen; ebenso unbestimmte Alleinstellungen (Beispiel 61), weil sonst eine Leistungsbehauptung oder ein reines Werturteil vorlägen.

Beispiel 64:

„Das höchste Hotel im Zillertal“¹⁶⁰.

ist die reine Angabe eines objektiven Geschäftsvorteiles. „Das schönst gelegene Hotel im Zillertal“ ist ein reines Werturteil (aber in besonderen örtlichen Verhältnissen vielleicht ein versteckter Vergleich).

Bei mehreren sehr alten Geschäften wird die Verkehrsauffassung, die weit zurückliegende Zeiträume verkürzt sieht, einen größeren Altersvorsprung fordern. Wenn ein Unternehmen am 1. 1. 1721, das andere am 15. 12. desselben Jahres gegründet wurde, kann sich das erstere nicht als ältestes bezeichnen. Das älteste Geschäft muß auch ununterbrochen oder mit nur geringfügigen Unterbrechungen bestanden haben. Im letzteren Fall muß bei Wiederaufnahme an die Tradition und den Kundenstand des früheren Geschäftes angeknüpft worden sein. Es ist entscheidend darauf abzustellen, ob die immateriellen Unternehmenswerte, wie Geschäftsorganisation und *good will* weitergeführt worden sind¹⁶¹.

III. In welchem *räumlichen Bereich* jene Behauptungen zutreffen müssen, ist für alle Alternativen gleichmäßig zu entscheiden. Es richtet sich zunächst nach den Angaben des Werbenden, wie sie das Publikum versteht. Die Angaben werden oft eindeutig sein (Beispiel 64); andernfalls sind politische und geographische Grenezn natürlich nicht immer maßgebend: ein Geschäft, das sich in eng aneinanderliegenden und miteinander verwachsenen, gemeindlich aber noch getrennten Doppelstädten als „größtes Fachgeschäft am Platze“ bezeichnet, wird sich auch auf die größeren Konkurrenten der Nachbargemeinde verweisen lassen müssen¹⁶²; dagegen wird man zur Prüfung der Behauptung einer deutschen Automobilfabrik, sie habe „den größten Umsatz in Europa“, nicht die Produktionsziffern eines dicht vor dem Ural gelegenen sowjetischen

einem gewissen Grad weichen, so bei Vergleich (s. B—H, RdNr. 43 zu §1 UWG) und beim „sklavischen Nachbau“ (B—H, RdNr. 167 zu § 1 UWG und die dortigen Nachw.).

¹⁶⁰ Aus Tetzner, NJW 57, 190.

¹⁶¹ Mit der Anforderung, daß der Charakter des Geschäftes gewahrt bleiben müsse, drückt RG v. 7. 10. 30, JW 30, 3755 dasselbe aus. Die Rechtsprechung fordert ferner eine „organische Weiterentwicklung“, insbesondere bei Inhaberwechsel, vgl. RG. v. 21. 8. 40, MUW 46, 211; RG v. 4. 10. 33, GRUR 33, 861 ff.

¹⁶² Eine ähnliche auf den Einzelfall abstellende, aber wohl etwas zu weit-herzige Abgrenzung bei Burmann III, S. 15.

Werkes heranziehen müssen, weil der Verkehr eine so entlegene Randzone nicht in seinen Begriff vom europäischen Wirtschaftsraum einbezieht. Im Zweifel — so bei der Behauptung „das verbreiteste Blatt der Gegend“¹⁶³ — sind freilich immer die schärferen Maßstäbe anzulegen, weil dann eine einschränkende Verkehrsauffassung nicht sicher nachgewiesen werden kann. Bei den häufigeren unbegrenzten Angaben ist davon auszugehen, wie sich das umworbene Publikum den Tätigkeitsbereich des werbenden Unternehmens vorstellt. Zutreffend hat daher das Reichsgericht¹⁶⁴ bei der Werbung einer großen Exportfirma, die sich als „größte und älteste Spezialfabrik für Hydraulik und Schmiedetechnik“ bezeichnet, erörtert, ob es sich um das größte Unternehmen *der Welt* handele.

IV. Zusammenfassung

1. Es ist zu unterscheiden zwischen Alleinstellungsbehauptungen, die sich auf gewerbliche Leistungen und solchen, die sich auf objektive Unternehmenswerte beziehen.

2. Bei Behauptungen der ersteren Art genügt ein Vorsprung, der in den umworbenen Verkehrskreisen als beachtlich angesehen wird, aber nur, wenn die behauptete Leistung objektiv meßbar ist. Bedarf sie einer Wertung ihrer tatsächlichen Grundkomponenten, so muß der Vorsprung so bedeutend sein, daß die Unsicherheit dieser Wertung jedenfalls ausgeglichen sind. Auf welche der Einzelfaktoren es ankommt, ist nach der Anschauung der umworbenen Verkehrskreise zu prüfen.

3. Bei Alleinstellungsbehauptungen über gewerbliche Leistungen ist ferner grundsätzlich erforderlich, daß die Alleinstellung auf absehbare Zeit nach objektiver Voraussicht erhalten bleiben wird. Eine Ausnahme gilt, wenn ein derzeit bestehender technischer Fortschritt herausgestellt wird.

4. Wird die Alleinstellung eines objektiven Unternehmenswertes behauptet, genügt ein vom Verkehr als beachtlich angesehener Vorsprung.

5. Die räumliche Grenze der Alleinstellung ist nach der Auffassung der Umworbenen und im Zweifel gegen den Werbungstreibenden zu ziehen.

Kap. 17: Alleinstellungsbehauptungen von schwacher Werbewirkung

Behauptungen, die einer abstrakten Betrachtung als unwahr erscheinen könnten, wirken im Verkehr oft aus verschiedenen Gründen harmlos.

¹⁶³ Die das RG in MUW 6, 16 — nach heutiger Auffassung zu Unrecht — durchgelassen hat.

¹⁶⁴ v. 4. 10. 33, MUW 34, 14 ff. (16 links o.).

1. Übertreibung

1. Das ist zunächst der Fall, wenn sich die Reklame zwar der typischen grammatischen Ausdrucksformen der Monopolbehauptung, also vor allem des Superlatives, bedient, wenn die angesprochenen Kreise aber erkennen, daß man nicht eine Spitzen-, sondern nur eine Sonderstellung in Anspruch nehmen will¹⁶⁵. Das liegt nahe, wenn die Behauptung wenig konkretisiert ist, andererseits aber ein Werturteil (vgl. u, c) nicht gemeint ist.

Beispiel 65:

„So schnell bräunte sie noch nie — so hübsch war sie noch nie.“
(Für ein Sonnenöl).

Da es natürlich nicht auf das dazu abgebildete Mädchen, sondern auf die Qualität der Ware ankommt, wird ein reines Werturteil ausscheiden. Trotzdem wird das Publikum die Übertreibung erkennen. Ebenso bei

Beispiel 66:

„Ganz Köln wird beschirmt vom Schirmhaus Schneider“¹⁶⁶.

Anders wohl bei

Beispiel 67:

„Bester Steinhäger *nur echt* zu haben bei Firma . . .“

Das OLG Hamm¹⁶⁷ nimmt an, die Beklagte wolle nur sagen, daß ihr Erzeugnis die Eigenschaften des Steinhägers besonders ausgeprägt erkennen lasse. So wird der Verkehr das nicht verstehen; es handelt sich um eine Alleinstellungsbehauptung, die überwiegend ernst aufgefaßt wird und wahr sein muß. Jedenfalls bestätigt die Entscheidung den Grundsatz. Über ihn besteht Einigkeit; warum er bei Angaben über die Beschaffenheit von Waren ausscheiden soll, wie das OLG Düsseldorf meint¹⁶⁸, ist unerfindlich: entweder kommt es auf die Werbewirkung an oder nicht. Richtig ist nur, daß eine Übertreibung um so weniger erkannt wird, je spezieller die Angabe ist. Wenn also die Beklagte im Falle des OLG Düsseldorf ein Haarpflegemittel Friseuren gegenüber als „volltransparent“ (d. h. als geeignet, den Färbevorgang in jeder Phase zu kontrollieren) bezeichnet hat, so ist das freilich keine Übertreibung; daß dies regelmäßig der Fall sei, läßt sich dagegen nicht behaupten (vgl. Beispiel 65). So ist die Geschwindigkeit eines Automobils eine ganz spezielle Wareneigenschaft. Wer seine Automarke als „schnell wie der Blitz“ bezeichnen würde, übertriebe aber doch erkennbar.

¹⁶⁵ Vgl. LG Düsseldorf v. 28. 10. 52, GRUR 53, 182 ff. (184, linke Spalte) — mit Marktschreierei hat die Übertreibung an sich nichts zu tun; vgl. auch B—H RdNr. 22 zu § 3 („der Leser . . . schüttet schon genug Wasser in den Wein“).

¹⁶⁶ Gleicher Meinung die „Zentrale“, DW 57, 44.

¹⁶⁷ v. 11. 11. 30, MUW 32, 41.

¹⁶⁸ v. 28. 10. 52, GRUR 53, 182 ff.; RG v. 12. 4. 29, RGSt. 63, 120; Reimer, 2. Aufl., S. 402.

2. Die Frage, ob eine Übertreibung vorliegt, ist Teil der allgemeinen Frage nach der Werbewirkung, der hier nur bezüglich seiner Sonderprobleme zu behandeln ist. Im übrigen wird auf Kap. 6 verwiesen. Im Prozeß pflegt man auch die Frage der Übertreibung an Hand von *Erfahrungssätzen* zu entscheiden. Derartige Sätze sind allerdings schwer festzustellen. Welche Linie soll der Richter zum Beispiel einschlagen, wenn einerseits behauptet wird, die Superlativreklame sei im heutigen Werbeleben äußerst häufig, das Publikum sei an Übertreibungen daher gewohnt¹⁶⁹, nach anderen Stimmen aber die Superlativreklame und die Übertreibungen im Verschwinden begriffen und daher nicht immer erkannt wird¹⁷⁰? Oder wenn ihm einerseits versichert wird, die modernen Mittel der Massenbeeinflussung wirkten derart suggestiv, daß man ihre Aussage in der Regel für ernst nehme¹⁷¹, während es andererseits heißt, infolge der Einwirkung eben dieser suggestiven Mittel reagiere das Publikum nur noch auf starke Reize, die es nicht immer voll empfinde¹⁷²?

Der Richter wird also in vielen Einzelfällen Beweise erheben müssen (vgl. o. Kap. 6). Die in Anmerkung 170 zitierten Entscheidungen lassen erkennen, daß sich nicht alle Gerichte dieser Lage bewußt sind.

II. Der Scherz ist der Übertreibung verwandt. Eine Behauptung im Sinne des § 3 UWG ist nicht, was erkennbar nicht ernst gemeint und darauf berechnet ist, Heiterkeit zu erwecken und damit die Aufmerksamkeit auf sich zu ziehen. Darüber ist man sich einig¹⁷³, Beispiele sind selten. Zumeist ist den dafür angeführten Entscheidungen nicht zu folgen. Die Frage hat nichts mit der Form (als Vers) zu tun. Deshalb ist die Reklame „sieh alle Möbellager durch und kaufe dann bei Schulenburg“ nicht schon wegen ihrer „poetischen“ Form ein Scherz¹⁷⁴. Allenfalls könnte eine erkennbare Übertreibung (o, Buchstabe a) vorliegen. Ungerecht war es wohl auch, die beiden Slogans „ja, aber Odol ist besser“¹⁷⁵ „Kaffee ohne Coffein gleicht einem Auto ohne Benzin“¹⁷⁶ durch-

¹⁶⁹ Tetzner, JZ 53, 206 mit zahlreichen Beispielen.

¹⁷⁰ OLG Stuttgart v. 11. 2. 53, GRUR 55, 50 ff. (Gütermann); LG Düsseldorf, a. a. O.; v. a. Droste, GRUR 53, 16; Bussmann-Droste, S. 48 unter dem Einfluß der zitierten Ausführungen Tetzners muß Droste seinen Standpunkt in DB 54, 736 f. erheblich einschränken.

¹⁷¹ OLG Stuttgart, a. a. O., S. 51 r. Spalte, Mitte.

¹⁷² Tetzner, a. a. O., S. 205.

¹⁷³ Vgl. z. B. Callmann, Anm. 64 b zu § 1 UWG, Reimer RdNr. 13 zu Kap. 78; B—H Rdnummer 23 (c), zu § 3 UWG.

¹⁷⁴ OLG Hamburg v. 8. 7. 53, GRUR 53, 534 entscheidet aber in diesem Sinne; zustimmend Baumbach, a. a. O. Die gleiche Begriffsverwirrung scheint der Ansicht der „Zentrale“ in DW 57, 118 über den „Vers“: „Nimm gutes Mehl, nimm bessres Mehl, am besten nimm gleich X-Mehl“ zugrunde zu liegen. Dies soll „mit Rücksicht auf die Formgebung (sic!) nicht streng alleinstehend“ verstanden werden.

¹⁷⁵ RG v. 12. 12. 30, RGZ 131, 77 f. (78).

¹⁷⁶ RG, MUW XXVII, 347.

zulassen; sicherlich sind sie witzig; aber nicht scherzhaft, sondern echte Satire und gerade wegen ihrer witzigen Form besonders einprägsam und gefährlich; außerdem handelt es sich um Vergleiche, bei denen eine solche Einschränkung ohnedies nicht am Platz ist (denn scherzhafte Werbung ist von § 3 UWG nicht erfaßt, weil und soweit sie nicht als Tatsachenbehauptung wirkt; der Vergleich ist gerade nicht als Tatsachenbehauptung, sondern als Wertung verboten).

Andere Beispiele aus der Rechtsprechung sind nicht ersichtlich¹⁷⁷.

C. Die „verantwortungsethisch“ begründbaren Verbote der Alleinstellungswerbung

Erster Teil

Das praktische Bedürfnis nach einem solchen Verbot

Kap. 18: Die Beweisschwierigkeiten gegenüber vermutlich unrichtigen Alleinstellungsbehauptungen

Mit den drei bis jetzt erörterten Möglichkeiten können nicht alle Fälle befriedigend gelöst werden. Ein beachtlicher Teil der Alleinstellungen sind keine Vergleiche, weil keine Bezugnahme erkennbar ist; ihre Unrichtigkeit aber kann dem Gegner häufig nicht nachgewiesen werden. Man kann diesen letzteren Umstand nicht mit der Bemerkung abtun, es gehöre zu den täglichen Erscheinungen des Rechtslebens, daß ein Rechtssuchender seinen Anspruch nicht beweisen könne. Denn bei den Alleinstellungsbehauptungen ist die Zahl derjenigen Unterlassungs- und Schadenersatzansprüche, die durch Beweisschwierigkeiten zunichte werden, im *Verhältnis* höher als bei anderen wettbewerblichen Ansprüchen.

Das liegt am Sinngehalt der meisten Alleinstellungen. Wenn sie sich auf Unternehmensleistungen beziehen — etwa auf die Größe des Geschäfts, den Umsatz der Ware — sind dem Kläger die Bemessungsfaktoren in der Regel nur bei seinem eigenen Unternehmen bekannt. Die des Gegners kann er nicht prüfen; die Dritter sind ihm möglicherweise vor dem Prozeß unbekannt¹⁷⁸ und bleiben ihm oft auch im strei-

¹⁷⁷ Aus der Praxis der „Zentrale“ vergleiche noch: „Um eine Nasenlänge voraus“ (DW 55, 11); „könnte man Pferde fragen, würden sie AZ sagen“ (für Hufbeschläge, DW 57, 9).

¹⁷⁸ Gerade die Unsicherheit vor Beginn eines Prozesses ist untragbar. Derwerbende weigert sich erfahrungsgemäß, mindestens in diesem Zeitpunkt, seine Karten aufzudecken, etwa seinen Umsatz zu nennen. Soll nun der Kläger insoweit in der Klageschrift vorleiten, auf die Gefahr hin, daß er sein Betriebsgeheimnis sinnlos preisgegeben hat, weil der Umsatz des Werbenden wirklich höher ist?

tigen Verfahren verschlossen¹⁷⁹. Auf sie kommt es aber an, da ja nicht nur der Nächstgrößte usw., sondern jeder Mitbewerber klagen darf¹⁸⁰. Sehr oft handelt es sich um sorgfältig bewahrte Betriebsgeheimnisse, die zum Gegenstand der Alleinstellungswerbung gemacht werden, z. B. um den Umsatz, die Abonnentenzahl einer Zeitschrift, Herstellungsmethoden¹⁸¹. Wieder andere Unternehmungsleistungen verschließen sich dem Beweise; das gilt für die „Zuverlässigkeit“ eines Automobils und für die „Berühmtheit“ einer Marke. In diesen Fällen nützt es dem Kläger nichts, wenn man einen großen Vorsprung des so Werbenden fordert¹⁸², denn zunächst müssen ja einmal die Einzelfaktoren bewiesen werden, um die Größe des „Vorsprungs“ abzumessen.

Weitere Beispiele für unerweisliche Alleinstellungsbehauptungen sind:

Beispiel 68:

In Deutschland wird ein Einführungsfeldzug für „Maxwell House“ (sofort löslicher Kaffee) geführt. Es wird behauptet, er werde in Amerika, einer kaffeetrinkenden Nation, „bei weitem am meisten gekauft“. Dem deutschen Konkurrenten werden aber die amerikanischen Konsumzahlen nicht zugänglich sein, so daß er die Unrichtigkeit nicht nachweisen kann.

Beispiel 69:

1. „Phantiant“ — der leichteste Regenmantel der Welt“.

Die Überprüfung ist hier durch die Unzahl der Konkurrenzfabrikate erschwert; möglicherweise ist einer davon leichter, aber welcher?

Daß diese Beweisschwierigkeit drückend empfunden wird, beweisen am ehesten die zahlreichen Lösungsversuche¹⁸³ der Literatur und der Praxis, vor allem der mit den Erfordernissen des kaufmännischen Verkehrs besonders vertrauten Einigungsstellen. Auch jene Stimmen, die „Superlativreklame“ *stets für sittenwidrig*¹⁸⁴, oder wenigstens *stets für bedenklich*¹⁸⁵ erklärt haben, weil sie eine unkontrollierbare Diskriminierung der Konkurrenten mit sich bringe, sind im Grunde von diesen Beweisschwierigkeiten bestimmt. Es ist auch kein Zufall, daß sich die Gerichte immer wieder mit Rechtsausführungen der Klagepartei beschäf-

¹⁷⁹ Einmal wird die Benennung auf bloßen Verdacht hin oft am Verbot des Ausforschungsbeweises scheitern, vgl. Baumbach-Lauterbach, Anm. 2 zu § 252 ZPO; zum anderen kann der dritte häufig gemäß § 389 Nr. 1 und 3 ZPO das Zeugnis verweigern.

¹⁸⁰ Bt. vgl. den Fall des RG v. 4. 10. 33, MUW 34, 14 ff. Dort war zweifelhaft, ob die Klägerin die Größe und das Alter der Beklagten erreicht habe; bezüglich der Fa. MAN dagegen war es *sicher*; wie, wenn diese die Auskunft verweigert hätte?

¹⁸¹ z. B. bei den Steinhäger- und Kölnisch-Wasserstreitigkeiten; der Streit um die Behauptung „einziger Hersteller nach dem Original-Rezept für echten Steinhäger“ könnte von der Bereitschaft einer dritten Firma, ihr Rezept zu offenbaren, abhängen.

¹⁸² Vgl. oben, Kap. 16, II, 1.

¹⁸³ Vgl. unten, §§ 13—18.

¹⁸⁴ Unbek. Verfasser in BB 55, 431.

¹⁸⁵ So Sonderland, BB 53, 958 ff.

tigen müssen, wonach für die Alleinstellungswerbung — oder schon für jede unrichtige Werbung — eine andere Beweislastverteilung gelten müsse¹⁸⁶.

**Kap. 19: Der erste Lösungsversuch:
Die vom Beklagten gemäß § 286 ZPO geforderte Mithilfe am Beweis**

I. Bisherige Behandlung der Frage. Hier scheint sich die Darstellung noch auf dem gesicherten Boden einer herrschenden Meinung zu bewegen. Das OLG Hamm hat in einem Rechtsstreit um das Alter einer Steinhägerbrennerei (die behauptete, sie sei „die Älteste“) einmal¹⁸⁷ ausgesprochen, es sei „zunächst Sache der Beklagten, Aufklärung darüber zu geben, welche Tatsachen ihrer Behauptung über ihr Alter zugrunde liegen.“ Denn erst wenn die Beklagte ihre Unterlagen geoffenbart habe, sei die Klägerin in der Lage, darzutun, daß die von der Beklagten für ihr Alter behaupteten Voraussetzungen oder die daraus gezogenen Schlüsse falsch seien. Deshalb werde es hier zu einer Beweisführung der Klägerin erst kommen, wenn die Beklagte dieser prozessualen „Vorleistungspflicht“ genügt habe. Genüge sie ihr nicht, dürfe das Gericht aus dieser Weigerung nach § 286 ZPO seine Schlüsse ziehen. Dieses Ergebnis hat sich das OLG Stuttgart¹⁸⁸ angeeignet und dahin ausgewertet, daß den *Beweis* für die Wahrheit der Alleinstellung der Werbende *erbringen* müsse; ebenso soll¹⁸⁹ sich der „Gutachterausschuß für Wettbewerbsfragen“ in seinem Ergebnisprotokoll vom 19. 6. 53 ausgesprochen haben. Eine Begründung gibt freilich weder das OLG noch der Gutachterausschuß. — In jüngster Zeit hat sich Tetzner¹⁹⁰ für die Ansicht des OLG Hamm ausgesprochen; er verweist auf die Rechtsprechung und Literatur zur Verletzungsklage von Verfahrenspatenten, bei der ähnliche Fragen viel diskutiert worden seien¹⁹¹. Die dortige Lage ist aber *nicht ohne weiteres* vergleichbar. In dem Musterfall der Literatur¹⁹² hat es sich darum gehandelt, daß sich der Beklagte weigerte, sein Herstellungsverfahren einem richterlichen Augenschein zu unterwerfen. Solche Fälle hat auch Tetzner in seinem Kommentar zum Patentgesetz im Auge. Hier durchkreuzt der Beklagte also eine bereits angebotene Beweisführung; in unserem Falle wird von ihm gefordert, die vom Kläger anzubietende Beweis-

¹⁸⁶ Vgl. etwa RG v. 11. 3. 27, JW 27, 1574; OLG Stuttg. v. 18. 12. 56, DW 57, 95 ff.

¹⁸⁷ Am 11. 11. 30, MUW 32, 39 ff. (41).

¹⁸⁸ v. 11. 2. 54, GRUR 55, 50 f. (52r).

¹⁸⁹ Nach einem privaten Schreiben der „Zentrale“.

¹⁹⁰ NJW 56, 1903 linke Spalte.

¹⁹¹ Vgl. Tetzner, Kommentar zum Patentgesetz, 2. Aufl., 1951, Anm. 24 zu § 47. Reimer, Patentgesetz, Bd. 2, 1950 RdNr. 113 zu § 47 (spricht von Umkehrung der Beweislast.“).

¹⁹² RG v. 1. 4. 38, JW 38, 1830 f. Ebenso Österr. OGH v. 21. 2. 33, Mitteilungen des Verbandes deutscher Patentanwälte, 1943, S. 120 ff.

führung erst zu ermöglichen. Im ersten Falle ist es nicht notwendig, auf § 286 ZPO oder allgemeine Erfahrungssätze zurückzugreifen. Denn schon der auch im Prozeßverhältnis herrschende¹⁹³ Grundsatz von Treu und Glauben kann eine Partei mit einer Behauptung oder einem Bestreiten ausschließen, wenn sie dem Gegner den Beweis des Gegenteils unmöglich gemacht hat¹⁹⁴. Es leuchtet ein, daß dem Beklagten viel eher zumutbar ist, dem Kläger die bereits ergriffene Waffe eines Beweismittels nicht nachträglich zu entreißen, als sie ihm selbst erst auszuhändigen¹⁹⁵. Daher könnte das Ergebnis, daß die Weigerung des Beklagten zur Aufklärungshilfe gegen ihn zu verwerten sei, nur aus § 286 ZPO genommen werden. Das Gericht wird auch hier ohne Rechtsverstoß den allgemeinen Grundsatz aufstellen können: wer sich mit Tatsachen, die nur er offenbaren kann, in dieser Weise zurückhält, muß etwas zu verbergen haben. Denn sonst würde er seine Verhältnisse aufdecken, schon um dem Verdacht zu entgehen, unredliches Spiel zu treiben. Diesen Satz darf der Richter seiner Beweismwürdigung zugrunde legen.

II. Rechtspflicht zur Aufklärung

1. Freilich können Schlüsse aus der Verweigerung der Sachaufklärung nur gezogen werden, wenn und soweit eine (prozeß- oder materiellrechtliche) Pflicht des Gegners, an derselben mitzuwirken, bejaht werden kann. Diese Einschränkung ist in der Rechtsprechung zur Beweisvereitelung nicht scharf herausgearbeitet; das war dort nicht nötig; denn die Rechtspflicht ist dort regelmäßig zu bejahen: wer vor Beginn des Prozesses ein Beweismittel schuldhaft vernichtet hat, kann im Prozeß nach dem Grundsatz einer fairen, Treu und Glauben entsprechenden Prozeßführung nicht mehr ohne Gegenbeweis bestreiten, was durch das Beweismittel ans Licht gebracht werden sollte; wer im Laufe des Prozesses so gehandelt hat, darf sich nicht länger auf bloßes Leugnen beschränken. Trotzdem ist man sich auch im Rahmen der diesbezüglichen Erörterungen stets bewußt geblieben, daß dem Beweisgegner kein Nachteil aus seiner Weigerung entstehen kann, wenn er sie durch sachliche und billigenswerte Gründe belegt¹⁹⁶. Der Erfahrungssatz bleibt

¹⁹³ Vgl. z. B. Rosenberg, Lehrb. 7. Aufl., § 61, VI.

¹⁹⁴ Einzelausprägung dieses Grundsatzes ist § 427 S. 2 ZPO, vgl. RG v. 3. 1. 21, RGZ 101, 198. Auch die Rechtsprechung hat in den zahlreichen Fällen, in denen eine bereits bekämpfte Beweisführung vom Gegner schuldhaft vereitelt worden war, stets auf Treu und Glauben, nicht nur auf einen Erfahrungssatz aufgebaut, vgl. insbes. OGHZ v. 28. 11. 48, amtl. Samml. 1, 286 ff. (271). RG std. Rspr. z. B. (oben).

¹⁹⁵ Rechtsprechung, die die Vereitelung einer bereits beabsichtigten Beweisführung zum Gegenstand hat, gibt es denn auch in reichem Maße; sie ist nicht auf Verletzung von Verfahrenpatenten beschränkt; vgl. insbes. RG v. 19. 10. 25, Warneyers Rechtsprechung des Reichsgerichts, 1926, S. 23 f. und die Nachweise bei Rosenberg, a. a. O., § 117 II 26 und § 114 III 3 d.

¹⁹⁶ z. B. bei der Weigerung, den behandelnden Arzt von der Schweigepflicht zu befreien, denkbar. Vgl. Rosenberg, a. a. O., § 117 II 26; auch das Reichs-

dann also außer Anwendung, weil keine Rechtspflicht zur Beweishilfe besteht.

2. Eine solche Rechtspflicht zur Sachaufklärung besteht für den Alleinstellungswerbenden. Sie ist prozeßlicher Natur. Man muß, um sie zu bejahen, nicht so weit gehen wie v. Hippel¹⁹⁷, der eine solche Pflicht immer dann bejaht, wenn die Partei aufklärungsfähig ist und ein „Sozialinteresse“ an der Aufklärung besteht (das schon vorhanden sein soll, wenn eine Gegenpartei des Aufklärungsfähigen, also in unserem Fall derjenige, der die Alleinstellung bekämpft, ein Interesse an der Aufklärung hat). Diese Voraussetzungen wären hier jedenfalls erfüllt; freilich hat sich diese Meinung als zu streng nicht durchgesetzt. Es hilft hier aber schon die sogenannte Vollständigkeitspflicht (§ 138 Abs. 1 ZPO), wenn der Prozeß — wie typisch — folgendermaßen verläuft:

Kläger: Der Beklagte hat mit der Behauptung „Deutschlands meistgekauft Zahnpaste“ geworben. Die Werbung ist unrichtig; mein Umsatz beträgt x DM, der der Fa NN y DM; der Umsatz des Beklagten ist geringer.

Beklagter: Die Behauptung der Klage wird bestritten; der Kläger wolle sie beweisen.

Das Bestreiten stellt sich hier aber als die sachliche Behauptung dar, der eigene Umsatz sei höher, allgemein: die vorgenommene Alleinstellungswerbung sei berechtigt. Daher hat sich der Beklagte über die Rechtmäßigkeit seiner Werbung, soweit nur er darüber Auskunft geben kann, vollständig zu äußern¹⁹⁸. Denn die Vollständigkeitspflicht besteht zwar gemäß § 138 Abs. 1 ZPO nur bezüglich der eigenen Erklärung einer Partei. Die eigene Erklärung ist hier aber mehr als ein solches Bestreiten. Daß der Kläger die Beweislast für die Unrichtigkeit der Werbung hat,

gerichtet erörtert in Warneyer Rechtsprechung, a. a. O., RG 1926, 123 f., ob Grund für die Weigerung (der Duldung einer Blutentnahme) anerkannt werden kann, so auch LG Altona v. 24. 2. 30, 30, 1616 und Hellwig JR 31, 89, 2. Spalte.

¹⁹⁷ Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht im deutschen Zivilprozeßrecht, Frankfurt am Main 1939, S. 334 f.

¹⁹⁸ Ebenso Leonhardt, Beweislast, 2. Aufl., S. 186 („Beklagter muß auch bei ... Beweisthemen dem Gegner aushelfen, wenn diese ihm erheblich näherstehen, so muß er insbesondere über seine eigenen Vermögensverhältnisse genauere Angaben machen, widrigenfalls sein Schweigen gegen ihn spricht“) unter unrichtiger Berufung auf RG 18, 158 und RGZ 28, 176: in den dortigen Entscheidungen hat das RG den gesetzlichen Bestimmungen, die den Klageanspruch begründeten, im Wege der Auslegung eine entsprechende Beweislastverteilung entnommen. Hier handelt es sich jedoch um eine prozessuale Mitwirkungspflicht an einem grundsätzlich dem Kläger obliegenden Beweis, vgl. dazu RG v. 12. 5. 31, MuW 31, 381; v. 30. 1. 41, MuW 41, 65 ff.; Leonhardt selbst will, a. a. O., nur eine Beweishilfe, keine Beweislastverschiebung (vgl. auch, a. a. O., S. 187, unten). Ebenso OLG Hamm, MuW 32, 41: selbstverständlich könne vom Beklagten kein lückenloser Beweis verlangt werden.

verschlägt nichts; denn die Wahrheits- und die wesensgleiche Vollständigkeitspflicht sind durch die prozessuale Behauptungslast nicht begrenzt¹⁹⁹.

III. Lücken des Ergebnisses. Durch diesen prozessualen Ausweg kann also die Situation des Konkurrenten der Rechtsschutz gegen eine Alleinstellungswerbung gebessert werden. Als Endlösung vermag er aus einem ethischen und einem praktischen Grunde nicht zu genügen.

1. Es scheint dem Gerechtigkeitsempfinden nicht zu entsprechen, daß ein Kaufmann nicht selbst die volle Verantwortung für die Richtigkeit von Behauptungen tragen soll, die geeignet sind, das Ansehen seiner Mitwerber in der Öffentlichkeit erheblich zu schädigen.

2. Die Aufklärungshilfe des Werbenden füllt Beweislücken nicht aus, die durch die berechtigte Aufklärungsweigerung eines Dritten entstehen. Sie gehen nach der bisherigen Praxis zu Lasten des Klägers. Solche Fälle sind ebenso häufig wie die Aufklärungsweigerung des Beklagten.

Kap. 20: Der zweite Lösungsversuch:

Die Anwendung der Rechtsprechung zur sachlich rechtlichen Auskunftspflicht aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben

I. Problemstellung. Nach dem bezeichneten Grundsatz der Rechtsprechung muß²⁰⁰ der zu einer Leistung Verpflichtete, der eine Auskunft leicht erbringen kann, diese geben, wenn der Gläubiger der Leistung die Auskunft braucht, um den Umfang seines Anspruchs festzustellen. Man ist zunächst versucht, diese Rechtsprechung hier anzuwenden.

II. Komplementäre Natur dieser Aufklärungspflicht. Eine solche Pflicht besteht immer nur dann, wenn schon ein Rechtsverhältnis zwischen dem Auskunftsgläubiger und dem Auskunftsverpflichteten besteht²⁰¹. Dies ergibt sich aus folgender Überlegung: Soweit die Auskunftspflicht nicht ausdrücklich gesetzlich bestimmt ist, kann sie nur aus dem Grundsatz von Treu und Glauben folgen²⁰². Dieser Grundsatz ist aber nicht stark genug, jemanden zur Offenbarung seiner Geheimnisse zu zwingen, wenn noch nicht feststeht, ob der Gläubiger das Geheimnis für seine Zwecke

¹⁹⁹ Lent, ZAkDR 38, 198, 1. Sp. (unter Aufgabe der früheren gegenteiligen Ansicht in JW 33, 2674); Rosenberg, ZZP 58, 286.

²⁰⁰ Nachweise bei: Palandt — Danckelmann, Anm. 3 c zu § 260 BGB; Staudinger — Werner (9. Aufl.) Anm. 26 zu § 260 BGB; Soergel, Anm. 1 zu § 260 BGB; Enn-Lehm, § 20, 2; Rosenthal, S. 95. Ablehnend oder doch stark einschränkend Heinsheimer in JW 27, 1576.

²⁰¹ Vgl. Palandt — Danckelmann, a. a. O., („als Nebenpflicht“).

²⁰² Daraus wird sie auch von jedermann, der sie anerkennt, hergeleitet, vgl. die in Anm. 200 zitierten Schriftsteller und die im folgenden angeführten richterlichen Entscheidungen.

verwerten kann. Es muß also feststehen, daß mindestens „dem Grunde nach“ ein Anspruch des Gläubigers besteht. Die Auskunftspflicht hat nur komplementären, nicht konstitutiven Charakter. Deshalb sind Formulierungen, wie „wenn der Schuldner über das Bestehen seines *Rechtes* im unklaren ist“²⁰³ ungenau. Sie haben in Wahrheit jenen Fall im Auge, daß an sich feststeht, daß der Schuldner eine unerlaubte Handlung begangen hat. Damit ist zwischen den Parteien ein *Rechtsverhältnis* begründet²⁰⁴, denn z. B. hat der Geschädigte schon jetzt die Obliegenheit alles Zumutbaren zu tun, um einen etwa entstehenden Schaden gering zu halten (§ 254 BGB). Ob ein *Anspruch* auf Schadenersatz besteht, kann dann von Auskünften abhängen; auf *solche* bezieht sich die erwähnte Rechtsprechung.

III. Die Rechtsprechung zur komplementären Natur der Aufklärungspflicht. Einen weitergehenden Grundsatz hat auch die Rechtsprechung trotz der oben erwähnten weitgehenden Formulierungen nie aufgestellt.

In der Entscheidung des Reichsgerichtes vom 4. 5. 1923²⁰⁵ stand fest, daß der Beklagte das Warenzeichen der Klägerin durch Benutzung eines verwechslungsfähigen Zeichens verletzt hatte. Das Urteil vom 5. 11. 29²⁰⁶ handelt von einem dem Vorkaufsrechte nachgebildeten Eintrittsrecht in einen Ausschließlichkeitsvertrag; *dieses* berechtigt den Kläger, Auskunft über die Bedingungen des mit einem Dritten geschlossenen Vertrages zu verlangen. In ähnlicher Weise hat in den Fällen der Urteile des Reichsgerichtes vom 19. 11. 38²⁰⁷ und vom 15. 6. 28²⁰⁸ die Schadenersatzpflicht des Beklagten „dem Grunde nach“ bereits festgestanden.

Das Reichsgericht hat folgerichtig dann auch ausgesprochen, daß die Auskunft nicht verlangt werden kann, „um erst auf Grund dieser Behauptung substantiierte Behauptungen über ein Rechtsverhältnis... aufstellen zu können“²⁰⁹.

IV. *Ergebnis.* Die Rechtsprechung zur Auskunftspflicht ist auf die hier erörterten Fälle aus Rechtsgründen unanwendbar. Überdies würde sie hier keine praktisch befriedigende Endlösung herbeiführen. Denn noch

²⁰³ Sie findet z. B. in RG v. 11. 3. 27 JW 27, 1575 und ist von da in die meisten Erläuterungsbücher übernommen worden.

²⁰⁴ Es ist nur bedingt richtig, daß dieses Rechtsverhältnis erst mit einem berechenbaren Schaden entstanden sei. Nebenwirkungen kann das Schadenersatzverhältnis schon vorher auslösen; es muß auch hier zwischen Rechtsverhältnis und Anspruch unterschieden werden.

²⁰⁵ RGZ 108, 7 ff.

²⁰⁶ RGZ 126, 123 ff.

²⁰⁷ RGZ 158, 379.

²⁰⁸ JW 28, 2092.

²⁰⁹ v. 1. 11. 34, JW 35, 506 f., mit zust. Anmerkung v. Plum. Ebenso: RG v. 30. 4. 29, RG LZ 29, 928, RGRK, Anm. 1 zu § 260 BGB, Palandt — Danckelmann, Anm. 3 c zu § 260 BGB; vgl. a. BGH v. 22. 1. 57, NJW 57, 669 f.

weniger als der Schadenersatzanspruch verträgt es der (im Werberecht ungleich wichtigere) Unterlassungsanspruch, daß vor die Hauptsacheklage ein langwieriger Auskunftsprozeß eingeschaltet wird²¹⁰.

**Kap. 21: Der dritte Lösungsversuch:
Sittenwidrigkeit der „unter Ausnutzung der Beweisschwierigkeiten
des Gegners“ behaupteten Alleinstellung**

I. Die Problemstellung. Die freiwillige Einigungsstelle für Wettbewerbsstreitigkeiten bei der IHK München formuliert die in der Überschrift angedeutete Ansicht wie folgt: „... daß die Ausnutzung der oben dargelegten Beweisschwierigkeiten oder die Zumutung unzumutbarer Partei- und Zeugenaussagen gegen die guten Sitten verstoßen und eine Alleinstellungswerbung in der Regel schon nach § 1 UWG unzulässig machen“²¹¹. Die gleiche Auffassung vertritt ein unbekannter Verfasser schon im Jahre 1955²¹².

II. Stellungnahme. Sie begegnet in der gewählten Konstruktion (nicht im Grundgedanken) erheblichen Bedenken. Sie geht von einer „gesinnungsethischen“ Überlegung aus und überspannt die Anforderungen, die auf diesem Gebiet an den Werbenden gestellt werden dürfen. Denn freilich ist es höchst unanständig, wenn jemand nur deshalb Unrecht tut, weil er hofft, man werde ihn nicht überführen. So läge der Fall aber nur bei dem, der die Unrichtigkeit seiner Werbung positiv kennt. Nach der zitierten Theorie soll das Gleiche schon gelten, wenn der Werbende an die Berechtigung seiner Werbung glaubt. Dann hat das Verhalten keinen erheblichen Aktunwert; der Werbende dächte dann etwa so: „einen Prozeß gegen diese Werbung werde ich gewinnen, weil sie wahr ist und weil auch niemand beweisen kann, daß sie nicht wahr ist“. Ein solches Verhalten könnte freilich nicht verantwortungsbewußt genug sein; aber aus diesem Umstand wären ganz andere Schlüsse zu ziehen, und dies ist nicht der Vorwurf, den die Einigungsstelle gegen den Werbenden mit dem zitierten Satz erhoben hat.

Wann sollten ferner die Täter jenes Vertrauen auf die Unaufdeckbarkeit ihrer Werbung gewinnen müssen? In vielen Fällen werden sie über deren Unrichtigkeit erst nachdenken, wenn Dritte gegen diese vorgehen. Dann hätte der Grundsatz der Einigungsstelle auszuschneiden; denn es geht gewiß nicht an, daß eine abgeschlossene, an sich gesinnungsethisch unbedenkliche Handlung später als unsittlich gilt, weil nunmehr ein neues vorwerfbares Verhalten hinzugekommen ist. Das ergibt schon der Wortlaut des Gesetzes.

²¹⁰ In gleicher Richtung auch die Bedenken bei Heinsheimer in JW 27, 1575.

²¹¹ Gutachten v. 4. 4. 56, Amtsblatt der IHK München 1956, Nr. 3.

²¹² BB 55, 431.

Ein dritter Einwand betrifft die praktische Durchführbarkeit des Grundsatzes. Jedenfalls wäre eine probatio diabolica durch eine andere ersetzt: das Bewußtsein des Beklagten, Beweisschwierigkeiten auszunutzen, hätte der Kläger zu beweisen²¹³. Dies wird ihm fast ebenso schwer fallen wie der Nachweis der Unrichtigkeit der Werbung.

Ablehnend haben sich auch Tetzner²¹⁴ und v. Rützen-Kositzkau²¹⁵ geäußert.

Kap. 22: Der vierte und fünfte Lösungsversuch:

Überbürdung der Beweislast für die Richtigkeit der Alleinstellungsbehauptung auf den Werbenden? Vermutung für die Unrichtigkeit der Behauptung?

I. Beweislast

1. Früher ist der Gedanke, daß der Beklagte selbst im Prozeß die Richtigkeit seiner Alleinstellungsbehauptung nachweisen müsse, nur gelegentlich aufgetaucht²¹⁶. Auf diesen Standpunkt hat sich zum Beispiel die „Zentrale“²¹⁷ schon während des letzten Weltkrieges gestellt; sie vertritt ihn noch heute. Das OLG Stuttgart wird man freilich trotz seiner Entscheidung vom 11. 2. 54²¹⁸ nicht zu Zeugen dieser Ansicht machen können, wie dies bisweilen geschieht²¹⁹. Denn dieses Gericht unterscheidet hinsichtlich der Beweislage genau zwischen den angewandten Bestimmungen. Soweit es — unter Abschnitt II seiner Entscheidung — auf Grundsätze zur vergleichenden Werbung, mithin auf § 1 UWG, zurückgreift, stellt es allerdings den (im übrigen unrichtigen²²⁰) Satz auf: „Im Ergebnis hängt also die Berechtigung einer superlativen Werbung, die eine Bezugnahme auf bestimmte, der Zahl nach beschränkte Mitbewerber erkennen läßt, davon ab, ob der Werbende die Wahrheit seiner Angaben beweisen kann oder nicht.“

Soweit aber eine Verletzung des § 3 UWG in Frage stand, stellt das Urteil darauf ab, daß „die Klägerin die Behauptung der Beklagten, daß ihre Nähseide die beste sei, *widerlegt* hat“. Auf das Urteil mußte eingehender eingegangen werden, weil inzwischen das OLG München unter Bezugnahme auf den nicht amtlichen Leitsatz, den die Entscheidung bei ihrer Veröffentlichung in der Zeitschrift GRUR erhalten hat, und ohne jede eigene Begründung den Satz ausgesprochen hat, daß der Werbende

²¹³ Vgl. Reimer, Kap. 74, Rdnote 7 und die dort angeführte Rechtsprechung.

²¹⁴ NJW 56, 1903, linke Spalte; Kommentar zum UWG, 2. Aufl., Köln 1957, Rdnote 37 zu § 1 UWG.

²¹⁵ ÖJZ 56, 591 oben.

²¹⁶ Die Revision, über welche das Urteil des RG vom 11. 3. 1927, JW 27, 1574, entschied, hat ihn zum Beispiel ausgesprochen.

²¹⁷ Nach einer unveröffentlichten Mitteilung der IHK Nürnberg v. 30. 4. 55, J VII 2—55.

²¹⁸ GRUR 55, 50 ff.

²¹⁹ z. B. die „Zentrale“ in DW 58, 17 a. E.

²²⁰ Vgl. oben, Kap. 10, III (2. Abs.).

allgemein und auch im Rahmen des § 3 UWG die Wahrheit seiner Alleinstellungsbehauptung nachweisen müsse²²¹. Dies wiederum billigt Behnke²²². Tetzner²²³ hält neuerdings eine solche Umkehr der Beweislast für möglich. Dies ist ein Beispiel dafür, wie in der Praxis durch Präjudizien und Leitsatzkult eine „herrschende Meinung“ entstehen kann, obgleich sie niemand begründet hat. Betont wird, daß die hier abgehandelte Ansicht bei Alleinstellungsbehauptungen eine echte Umkehr der prozeßrechtlichen Beweislast innerhalb des § 3 UWG im Auge hat.

2. Die Ansicht ist unhaltbar. Dies ergibt, wie das RG einmal²²⁴ ausgeführt hat, schon der Wortlaut der Vorschrift, an dem eine gegenteilige Auslegung einfach nicht ansetzen kann, weil er zu eindeutig ist. Die Unrichtigkeit der Werbung ist nach dem Aufbau des § 3 UWG eine rechtsbegründende Tatsache; hierfür spricht vor allem auch der Sinn der Vorschrift. Denn dem Werbenden wird hier wegen seiner Werbelüge ein gesinnungsethischer Vorwurf²²⁵ gemacht. Die Unwahrheit seiner Werbung ist mithin Teil des Sittenverstoßes; dieser ist Teil des Verbotsgrundes. So rechtfertigt es sich, im Rahmen *dieser* Vorschrift dem Kläger selbst die Unrichtigkeit der angegriffenen Werbung nachweisen zu lassen.

II. *Vermutung*. Wir werden später²²⁶ zusammenfassend darstellen müssen, welche Möglichkeiten der Gesetzgeber hat, um das Prinzip der Verantwortung für die Erweislichkeit einer Tatsache zu verwirklichen. Auffällig ist, daß in der Literatur jede von ihnen auf das Problem der nicht erweislichen Alleinstellungsbehauptungen anzuwenden versucht wurde; sogar die einer „Vermutung für das Gegenteil“ wurde erörtert; freilich nicht unmittelbar für den Fall der Alleinstellungsbehauptung, sondern für die Ankündigung „kein Aufschlag bei Teilzahlungen“, die ebenfalls nur sehr schwer nachprüfbar ist²²⁷. Der Gutachterausschuß für

²²¹ Urteil v. 10. 1. 50, WRP 57, 141.

²²² WRP 57, 221 ff. (222, Anm. 17).

²²³ Kommentar zum UWG, 2. Aufl., Anm. 37 zu § 1 UWG. Ausführlich abgelehnt ist die Ansicht — für schlicht unwahre Angaben — im Urteil des OLG Stuttgart v. 18. 12. 56, DW 57, 95 ff. (97), unter Bezugnahme auf B—H, Rdnoten 17 zu § 3 UWG. Für die Alleinstellungsreklame wird sie jedoch hier ausdrücklich dahingestellt gelassen. Auch der Vergleich mit der Werbung durch „Alleinstellung“ geht fehl: abgesehen davon, daß über die Beweisführungspflicht keine Einigkeit besteht (einerseits IHK München, BB 55, 431, andererseits B—H, § 1 UWG Vorb. 7) setzt derjenige, der sich als das größte oder führende Geschäft am Platze bezeichnet, seine Mitbewerber herab, . . .“ Also auch daraus ergibt sich, daß der OLG mit seiner früheren Entscheidung (GRUR 55, 50 ff.) nicht einer Umkehrung der Beweislast bei angeblich unwahren Alleinstellungsbehauptungen das Wort reden wollte (beide Urteile sind vom selben Senat erlassen).

²²⁴ Am 11. 3. 27, JW 27, 1574.

²²⁵ Vgl. oben Kap. 14, III.

²²⁶ Kap. 24, IV.

²²⁷ Vgl. Tetzner, Kommentar zum UWG, 2. Aufl., Anm. 111 zu § 3 UWG.

Wettbewerbsfragen²²⁸ nimmt hier eine „im Einzelfall widerlegbare Vermutung“ an, daß diese Behauptung unrichtig sei. Dies müßte nach dieser Ansicht wohl auch für Alleinstellungsbehauptungen gelten;

Eine Vermutung kann aber nur durch ein Gesetz statuiert werden; der klare Wortlaut des § 3 UWG verbietet es, in ihn eine solche Vermutung hineinzuzinterpretieren²²⁹.

Kap. 23: Zusammenfassung

I. Offensichtlich bereitet die Erweislichkeit von Alleinstellungswerbungen in der forensischen Praxis Schwierigkeiten²³⁰. In der bisherigen Diskussion sind, wie wir sahen, fast alle denkbaren rechtlichen Lösungen derselben erörtert worden, aber keine kann endgültig befriedigen.

II. Im Folgenden soll versucht werden, das Problem nicht erst im Stadium des Prozesses zu lösen, sondern es auf das Gebiet des materiellen Rechts vorzuverlagern. Damit soll nicht nur ein praktisches Einzelanliegen der Werbewirtschaft einer befriedigenderen rechtlichen Lösung nähergebracht werden; vor allem soll an diesem Testfall (und einem weiteren, Kap. 30) die „verantwortungsethische“ Denkweise in dem Sittegriff des § 1 UWG vorgeführt werden; sie hätte noch weitere Aufgaben bei anderen modernen Werbeformen.

Zweiter Teil

Die Durchführung des Verbotes

Kap. 24: Die Beweislast und das Prinzip des Einstehens für die Erweislichkeit einer Tatsache

I. *Der Unterschied.* Der Unterschied zwischen den beiden in der Überschrift genannten systematischen Begriffen muß geklärt werden, weil aus ihm weiter der Unterschied zwischen der Beweislast und der „sachlich-rechtlichen Einstandspflicht für die Erweislichkeit“ folgt. Nur so kann dem Vorwurf begegnet werden, hier werde mittels eines Kunstgriffes die Beweislastregelung des § 3 UWG umgekehrt. Um die Beweislast geht es hier nicht; es geht nicht einmal primär um die Aufrichtigkeit als den gesinnungsethischen Wert, welcher dem Verbote des § 3 UWG zugrunde liegt, sondern um die Nichterweislichkeit als Zustand in und vor dem Wettbewerbsprozeß, und die Frage, wem diese Sachlage zuzuordnen ist.

²²⁸ Gutachten 3/53.

²²⁹ Vgl. auch unten, Kap. 29, I, 2.

²³⁰ Es kann nicht einfach „rechtlich bedeutungslos“ sein, wie es bei B-H, Randnote 17 zu § 3 UWG heißt.

II. *Die Beweislast innerhalb der Rechtsnormen.* Es ist fraglich, ob die Beweislastregeln überhaupt ein Bestandteil der materiellen Rechtsnormen sind, ob sie selbständige materiellrechtliche Normen sind oder ob sie dem Prozeßrecht angehören²³¹. Dieser Streit muß hier nicht entschieden werden. Uns kommt es nur auf die Funktion derjenigen Normen oder Normteile an, welche die Beweislast regeln. Diese Funktion wird auch von der extremen Ansicht (Beweislastregelung ist Bestandteil jeder materiellen Einzelnorm) in einem Gebot an den Richter gesehen, wie er bei Unaufklärbarkeit des tatsächlichen Sachverhaltes zu entscheiden habe²³². Die Beweislastnorm ist in der Regel in der materiellen Norm enthalten und muß aus ihr herausgelesen werden. Sie ist jedenfalls aber *kein gleichberechtigter* Teil eines gesetzlichen Tatbestandes. Denn das hätte die Wirkung, daß eine Klage überhaupt nur dann schlüssig wäre, wenn jede ihrer erheblichen Behauptungen mit einem Beweisangebot versehen wäre, durch das der Sachverhalt auch aufgeklärt werden könnte. Nur unter diesen Voraussetzungen könnte also ein Versäumnisurteil gegen den Beklagten (§ 331 ZPO) ergehen, ein natürlich unmögliches Ergebnis. In Wirklichkeit ist die Beweislastnorm *bedingt* wirksam, nämlich nur, wo der Streitstoff nicht voll aufgeklärt werden konnte. Insbesondere spielt sie, da das Recht nicht nur eine Anweisung an den Richter ist, wie dieser zu entscheiden habe²³³, sondern in erster Linie Verhaltensmaßregeln für die Rechtsunterworfenen aufstellt²³⁴, außerhalb des Prozesses keine Rolle. Die Regel, daß den Kaufpreis zahlen muß, wer einen Kaufvertrag abgeschlossen hat, wirkt auf den einzelnen als Imperativ, ohne daß bei dieser Wirkung die Frage eine Rolle spielt, ob der Abschluß eines Kaufvertrages beweisbar sein werde. Die Beweisbarkeit ist also hier kein Bestandteil des an die Rechtsunterworfenen gerichteten Befehls. Damit ist sie auch kein notwendiger Bestandteil der Rechtsnorm selbst; sie ist nur ein Anhängsel des an den Richter gerichteten Teiles der materiellen Rechtsnorm.

III. *Materielle Einstandspflicht für die Erweislichkeit.* Es gibt aber Fälle, in denen die Rechtsnorm das Entstehen für die Erweislichkeit notwendig und *auch als Gebot* an die Rechtsunterworfenen mit einschließt; Beispiele hierfür bieten diejenigen Bestimmungen, die nicht erweislich

²³¹ Sehr strittig, vgl. die Nachweise bei Rosenberg, Beweislast, 4. Aufl., § 7, Noten 3 und 4.

²³² Rosenberg, a. a. O., S. 79.

²³³ So allerdings Binder, Rechtsnorm und Rechtspflicht, Leipzig 1912, passim, insbes. S. 21 ff., 46; ferner Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen, 1903, passim, insbes. S. 4 f., 35.

²³⁴ Thon in Iherings Jahrbüchern, 50 Bd. (1906), S. 1 ff. Ob dann das Wesen der Norm, mit Zitelmann in einem „hypothetischen Urteil“ zu suchen ist, kann für die Frage nach dem Normadressaten dahinstehen: auch ein hypothetisches Urteil könnte sich in seinen die Rechtsfolge aussprechenden Teil (Zitelmann nennt ihn „Norm“: Irrtum über ein Rechtsgeschäft, 1879) an den Rechtsunterworfenen direkt richten: so auch ausdrücklich Zitelmann, a. a. O.

wahre Behauptungen verbieten, (§§ 186 StGB, 14 UWG). In anderen Fällen begründen Tatsachen eine widerlegbare Vermutung für eine Absicht (§ 245 a StGB). Im Verwaltungsrecht muß die Behörde ihre belastenden Verfügungen mit einer Begründung und gegebenenfalls mit einer Berechnung versehen, damit sie stets kontrollierbar bleiben; andernfalls sind sie anfechtbar. Der Rechtsanwalt kann sein Honorar, mag er es auch richtig berechnet haben, erst einfordern, wenn er eine detaillierte Berechnung unter Angabe der gebührenrechtlichen Bestimmungen erstellt hat. Alle diese vielfältigen rechtstechnischen Mittel verwendet das Recht, um das Prinzip zur Geltung zu bringen, daß eine bestimmte Person die Folgen der Nichterweislichkeit einer Tatsache trage, daß sie für die Erweislichkeit verantwortlich sei. Dieses Prinzip ist also grundsätzlicherer Natur als das der Beweislastregelung; zwischen beiden können freilich Wechselwirkungen bestehen; notwendig ist dies nicht. Eine gewisse Beweislastregelung kann aus rein praktischen Gründen getroffen sein; das Gesetz kann aber auch, wenn dies zweckmäßig ist, die Beweislast als eine der vielen Mittel zu Hilfe nehmen, um das Prinzip der Einstandspflicht für die Erweislichkeit durchzuführen.

Auf der anderen Seite hat das genannte Prinzip nicht notwendig etwas mit sittlichen Forderungen zu tun; es kann auch aus anderen Zwecken hergeleitet werden. So bei dem genannten Beispiel der Anwaltskostennote, eine überhöhte Gebührenforderung zu vermeiden.

IV. *Übrige Mittel.* Außer durch die Beweislastregelung kann die Einstandspflicht durchgesetzt werden:

1. Durch die Statuierung einer *selbständigen* materiellen Rechtspflicht zur Offenlegung. So wird nach der Rechtsprechung des Bay. VerfGH²³⁵ aus dem allgemeinen Verwaltungsrecht die Pflicht der Verwaltungsbehörde hergeleitet, belastende Verwaltungsakte mit einer Begründung zu versehen, die sie voll nachprüfbar macht. Ein Verwaltungsakt und eine Satzung, in welchen dies versäumt wurde, ist anfechtbar, mag er sachlich auch das Richtige treffen. Die Pflicht zur Offenlegung steht also voll selbständig neben der zu einer richtigen Berechnung.

2. Durch Statuierung einer materiellrechtlichen Obliegenheit zur Offenlegung. Dies ist bei dem mehrfach erwähnten Beispiel des § 18 BRAGebO der Fall. Denn wenn der Anwalt seine Forderung nicht aufschlüsselt, „kann“ er sie nicht fordern. Einen Anspruch auf die substantiierte Rechnung hat der Mandant nicht, er ist durch die Ausbildung des Grundsatzes zur Obliegenheit genügend gesichert.

3. Durch eine widerlegbare Vermutung; so im Fall des § 245 a StGB für eine bestimmte Absicht.

²³⁵ Vgl. unten, Anm. 268.

4. Durch Einfügung der Nichterweislichkeit als schlichtes Tatbestandsmerkmal; diesen Weg ist der Gesetzgeber bei § 186 StGB gegangen.

Im Rahmen dieser Arbeit soll das Prinzip durch Statuierung einer Obliegenheit durchgeführt werden.

Kap. 25: Ethische Grundlegung Die Verantwortung für die Erweislichkeit und die individuelle Wahrhaftigkeit

I. Die Verantwortung für die Erweislichkeit kann in allgemeinen ethischen Grundsätzen wurzeln, die die Verbotswirkung des § 1 UWG auslösen, soweit sie im Bewußtsein der Allgemeinheit lebendig sind. Mit diesen Erwägungen scheint es in Widerspruch zu stehen, wenn im folgenden auf Zeugnisse der philosophischen Literatur zurückgegriffen wird. Es geht dabei dann aber nur um die genauere Festlegung der Methode. Man muß zwischen dieser und dem Ergebnis unterscheiden; dieses muß freilich im Bewußtsein der Allgemeinheit latent vorgegeben sein; wissenschaftliche Methoden dürfen angewandt werden, um festzustellen, daß diese Volksanschauung sittliche Natur hat.

II. Die Ergebnisse der Ethik als Teilgebiet der Philosophie und besonders die moderne Wertethik²³⁶, zu der sich der Verfasser bekennt, sind hier im allgemeinen unergiebig; die philosophische Ethik sucht hauptsächlich nach der sittlichen Vervollkommenung des einzelnen²³⁷. Sie kennt infolgedessen nur den ethischen Wert der Wahrhaftigkeit. Wer nach seinen Erkenntnisquellen von der Wahrheit seiner Behauptungen überzeugt ist, verwirklicht ihn⁴⁶⁴ den Wert der Wahrhaftigkeit²³⁸. Die Wahrheit ist — nach Rickert²³⁹ — als „ethisches Gut“ ein Zufallsprodukt, das für den ethisch allein meßbaren Willen nicht relevant sei.

Das Bewußtsein von der Wahrheit seiner Werbung mag der Reklame-treibende in manchen Fällen haben. Die Wahrhaftigkeit kann nicht der Wert sein, den der Werbende verletzt, wenn er sich ohne tatsächliche Vorprüfung einer Alleinstellung berüht. Vielmehr entzieht er sich einer Folge seiner Werbung, nämlich ihrer Nichterweislichkeit. Diese Überlegung geht von den Gegebenheiten des sozialen Zusammenlebens aus.

²³⁶ Scheler, *Der Formalismus in der Ethik*, 3. Aufl., 1927; *Vom Umsturz der Werte* (1919); *Vom Ewigen im Menschen*, Bd. I, 1921. Nikolai Hartmann, *Ethik*, 2. Aufl., 1935.

²³⁷ N. Hartmann, *Ethik*, 2. Aufl., S. 463; Coing, *Oberste Grundsätze des Rechts*, Heidelberg 1947, S. 34 f. 39 ff.

²³⁸ z. B. Nikolai Hartmann, *Ethik*, 2. Aufl., S. 418.

²³⁹ *Allgemeine Grundlegung der Philosophie*, Tübingen 1921, S. 359: „Der Erfolg einer Willenshandlung ist also nie in der Weise sittlich gut, wie ein Satz wahr oder ein Kunstwerk schön ist. Nur die gewollten Erfolge kommen in Betracht, ja allein der Wille des Subjekts oder die Gesinnung... ist das, was dem Handeln sittliche Bedeutung verleiht.“

Nur eine sittliche Auffassung, die diese in ihre Erwägungen einbezieht, kann daher dieses Ergebnis stützen.

Selbstverständlich gibt es auch solche ethische Systeme. Auf unserem Gebiete sind hier die zahlreichen konfessionell gebundenen²⁴⁰ und weltlichen²⁴¹ wirtschaftsethischen Systeme von Bedeutung. Aber auch ihre Betrachtung bleibt rein „gesinnungsethisch“, d. h. sie handeln nur von Verhaltensweisen mit Aktunwert; den *gebietenden* Charakter des Wertes der Sorge für das Gemeinwohl vernachlässigen sie.

III. Verantwortungsethik. Max Weber²⁴² vermeidet dies, indem er den *Erfolg* einer an sich wertfreien Handlung in die moralische Betrachtung einbezieht. Der Erfolg ist auch ihm kein ethischer Wert oder Unwert; aber wer den Erfolg seiner Handlung nicht bedenkt und also ohne Verantwortung für die Folgen seiner Tat handelt, den trifft ein sittlicher Makel. Einen Zwiespalt zwischen Ethik und Politik gebe es deshalb nicht, sondern nur den zwischen der auf die Individualität bezogenen „Gesinnungsethik“ und der im Bereich der Politik möglichen und nötigen „Verantwortungsethik“.

Weber beschäftigt sich allerdings von allem mit Kollisionsfällen, in denen die beiden Denkart nach seiner Ansicht aufeinanderstoßen²⁴³. Unser Problem aber ist für die „Gesinnungsethik“ im Sinne Webers völlig indifferent, denn was ich für wahr halte, darf ich, muß ich aber nicht aussprechen. Wir müssen schon deshalb nicht dazu Stellung nehmen, ob solche Konfliktsfälle denkbar²⁴⁴ und wie sie lösbar sind; einer existenziellen Entscheidung²⁴⁵ zwischen den beiden „Denkart“ (nach Weber) ist der Werbende jedenfalls enthoben: Da kein Konflikt besteht, ist grund-

²⁴⁰ Vom katholischen Standpunkt etwa: Tautscher, Wirtschaftsethik, München 1957, Schilling, Christliche Wirtschaftsethik, München 1954; vom evangelischen: Wünsch, Evangelische Wirtschaftsethik 1927.

²⁴¹ Weddigen, Wirtschaftsethik, Berlin 1951.

²⁴² In seinem Aufsatz über „Politik als Beruf“, Gesammelte Politische Schriften, München 1921, S. 439.

²⁴³ z. B., a. a. O.: Wahrhaftigkeit gebietet Publikation belastender Dokumente; Verantwortung für das Wohlergehen des eigenen Staates verbietet sie; S. 440: der Bürgerkrieg ist gesinnungsethisch nicht zu rechtfertigen, wohl aber u. U. vom Standpunkt einer Verantwortungsethik.

²⁴⁴ Es sei betont, daß es sich nach Ansicht des Verfassers nicht um notwendig gegensätzliche „Weltanschauungen“ handelt, in deren Zwiespalt man einmal Partei nehmen müsse; welchen Eindruck Webers Formulierungen nicht selten aufkommen lassen. Nach Ansicht des Verfassers ist der Wert der Sorge für das Gemeinwohl als höchster Wert in die Wertskala einzufügen; Wertgegensätze müssen dann nach allgemeinen Abwägungsgrundsätzen gelöst werden; jede Ethik, auch eine rein individualistische, kennt solche Konfliktsfälle und trifft Vorsorge für sie, dabei muß nicht regelmäßig der Wert der Sorge für das Gemeinwohl stärker sein. Für unser Teilgebiet vergleiche zu dieser Frage Kap. 35, II, 2.

²⁴⁵ Vgl. die Nachweise bei Schelling, Max Webers Wissenschaftslehre, Tübingen 1934, S. 42 ff.; vgl. auch Radbruch, Rechtsphilosophie, 4. Aufl., Stutt-

sätzlich Raum für die aus der „Verantwortungsethik“ folgenden, über die Gesinnungsethik hinausgehenden Regeln.

Es ist das Verdienst von Radbruchs Rechtsphilosophie²⁴⁶, die Entdeckung Webers vom rein politischen Bereich abgelöst zu haben. Für ihn handelt es sich um den Gegensatz zwischen „Individualwerten“ und „Kollektivwerten“²⁴⁷. Die letzteren sind die Werte der „menschlichen Gesamtpersönlichkeit“; sie „fordern das Gegenteil dessen, was die Individualwerte verlangen ... Im Bereich des Individualwertes der sittlichen Persönlichkeit gilt eine Gesinnungsethik, zum Beispiel Wahrheit um jeden Preis, im Bereich der Kollektivwerte eine Verantwortungsethik“. Dieser Lehre haftet noch die Webersche Ansicht von dem gegensätzlichen Anwendungsbereich der beiden Denkart an.

Welzel überbrückt diesen Gegensatz als erster und läßt in seinem Aufsatz über die „Ethischen Grundlagen der sozialen Ordnung“²⁴⁸ durchscheinen, daß beide Denkformen sehr wohl in einem einheitlichen System Platz finden können. Freilich scheint er zu weit zu gehen, wenn er schlechthin jede Möglichkeit von Konflikten zwischen „gesinnungsethischen“ und „verantwortungsethischen“ Forderungen vereint: richtig wird aber sein, daß es sich nur um einen Konflikt zwischen Werten handelt, der mit allgemeinen Abwägungsprinzipien gelöst werden kann, nicht aber um einen Konflikt zwischen „sozialgebundener“ und „individualistischer“ Weltanschauung. Welzel hat, a. a. O., auch zuerst dargelegt, daß die verantwortungsethische Betrachtung auch angebracht ist, wo der sittliche Wert einer Tat in ihren Auswirkungen auf die Gesamtheit betrachtet wird (also nicht nur in der Politik), daß aber auch die Gesinnungsethik insoweit ihr Recht behält; Welzel hat also erst den Blick für das Nebeneinanderbestehen beider „Methoden“ freigemacht, die in Wirklichkeit nur verschiedene (teils rein verbotende, teils auch gebietende) Folgerungen aus verschiedenen Werten einer einheitlichen Wertskala sind. Er hat damit die Konzeption der Arbeit²⁴⁹ erst ermöglicht.

gart o. J. (1950), S. 148 f. Der Gegensatz wird gleich dem Verfasser geleugnet von Welzel, SJZ 1947, S. 411 f.

²⁴⁶ a. a. O., S. 146 f.

²⁴⁷ Das weitere Gegensatzpaar: „Kollektivwerte und Werkwerte“ kommt in unserer Erörterung nicht zum Zuge.

²⁴⁸ SJZ 47, Sp. 409 ff.

²⁴⁹ Der Verfasser baut seine Arbeit auf dieser sinnfälligen Unterscheidung auf, um so den Gesichtspunkt der Kollektivwerte, der ihm bei der Behandlung der werberechtlichen Probleme stets zu kurz gekommen zu sein scheint, deutlicher zu machen. Ein echter Gegensatz zwischen beiden Methoden besteht, wie schon oben (Anm. 55) erwähnt, nicht. Die Verantwortungsethik ist nichts als die Summe der positiven, gebietenden Folgerungen aus dem Kollektivwert. Sittlich verwerflich ist in diesem Bereich zumeist, wenn man aus mangelndem Verantwortungsgefühl gegenüber diesen Werten etwas nicht tut, während aus den Individualwerten zumeist nur schlichte Verbote folgen. Aber

IV. *Insbesondere: Macht und Verantwortung.* Wer Macht hat, muß sie so gebrauchen, daß er niemand oder möglichst wenige schädigt. Je stärker die Macht, desto größer diese sittliche Verantwortung. Dieser Satz ist uns naturgemäß vor allem bezüglich der staatlichen Macht bewußt; so fühlt sich die offizielle Politik der USA für die Wohlfahrt des westlichen Teils der Erde verantwortlich; die bedingungslose Unterwerfung eines fremden Staats nötigt den Siegerstaat nach völkerrechtlichen Grundsätzen, das unterworfenen Gebiet zu verwalten; er darf es auch nicht beliebig aussaugen²⁵⁰. Macht muß sich also, wie sich Fechner²⁵¹ ausdrückt, von innen her „überformen“; dies geschieht nach dieser Auffassung durch den „Vernunftfaktor“²⁵² und den „Wertfaktor“²⁵³ beides ethische Grundformen. Gerhard Ritter betont die Notwendigkeit der sittlichen Selbstzügelung der Macht immer wieder²⁵⁴. Für wirtschaftliche Macht kann nichts anderes gelten. Das zeigt schon die positive Norm des § 138 Abs. 2 BGB: Wucher ist die rücksichtslose Ausnutzung einer Machtkonstellation. Auch die Rechtsprechung über die Ausnutzung einer Monopolstellung zur Erzielung unangemessener Gewinne²⁵⁵ basiert auf diesem Gedanken. Auch die geistige Macht der Reklame-treibenden muß diesen Grundsätzen unterliegen. Dies hat in jüngster Zeit Packard²⁵⁶ ausgesprochen. Er hat die gefährlichen Auswirkungen der tiefenpsychologischen Werbung angeprangert und deren Verantwortung für die Würde und Eigenverantwortlichkeit des Menschen herausgestellt. Die Macht der Reklame kann zu einem vorsichtigen Gebrauch zwingen, den eine reine „Gesinnungsethik“, also der Aktwert der Reklame, nie fordern würde. Daß solche Gedanken noch keine ausdrückliche Anwendung bei der Auslegung des § 1 UWG gefunden haben, ist, rechtsgeschichtlich gesehen, nicht verwunderlich. Wie Eberhard Schmidt

auch dies ist letztlich eine zu grobe Unterscheidung (positive Folgerungen aus Individualwerten: die Hilfspflicht bei Unglücksfällen; negative Folgerung aus Kollektivwerten: das Verbot des Hochverrats); im Bereich der sittlichen Generalklausel des Wettbewerbs scheint sie aber einigermaßen den Gegensatz zu treffen; jedenfalls ist sie von didaktischer Einprägsamkeit und hat auch bereits Eingang in die juristische Diskussion gefunden (Welzel). Aus diesen praktischen Gründen soll der Begriff beibehalten werden.

²⁵⁰ Vgl. Art. 43/48, 49, 52, Haager LKO.

²⁵¹ Erich Fechner, Rechtsphilosophie, Tübingen 1956, S. 71 ff.

²⁵² Fechner, a. a. O., S. 97 ff., insbes. S. 101 f.

²⁵³ Fechner, a. a. O., S. 105 ff.

²⁵⁴ Über sittliche Probleme der Macht, Bern o. J. (1948), passim, insbes. S. 39, 103. Die Dämonie der Macht, München 1947, passim, insbes. S. 36 ff.

²⁵⁵ Vgl. die Zusammenstellung im Urteil des RG v. 15. 12. 33, RGZ 143, 28 f., ferner Staudinger — Coing, Anm. 7 zu f. 138 BGB.

²⁵⁶ Die geheimen Verführer, Düsseldorf 1958, S. 303 ff. (mit weiteren Stimmen aus der amerikanischen Öffentlichkeit). Siehe aber auch Arthur Lisowski, Kaufmannspraxis, Leipzig o. J. (1939), S. 268 f.

darlegt²⁵⁷, geht das UWG von einem „Sozialmodell“ aus, das schon zur Zeit des Inkrafttretens des Gesetzes den Keim des Untergangs in sich trug. Ähnlich wie das Bürgerliche Gesetzbuch²⁵⁸ ist dies die liberale individualistische Vorstellung vom Einzelkaufmann mit seinem überschaubaren Geschäftsbereich; dieser stellt eine kleine Welt für sich dar, ständisch isoliert neben anderen Tätigkeitsbereichen; hierzu will nun eine rein gesinnungsethische Bewertung der Tätigkeit innerhalb dieses kleinen, persönlichkeitsbestimmten Bereiches wohl passen, wie sie heute noch für die Standesethik des Arztes oder Anwalts geeignet sein mag. Gedankenformen haben eine längere Dauer als ihr Inhalt; so ist es hauptsächlich der Verschiebung zwischen jenem Sozialmodell und der sozialen Wirklichkeit zuzuschreiben, daß die Rechtsprechung die gesinnungsethische Betrachtungsweise über Gebühr abgenutzt hat, wollte sie den neuen Notwendigkeiten gerecht werden²⁵⁹.

V. *Verantwortungsethische Erwägungen in der bisherigen Rechtssprechung.* An die Spitze der Beispiele sind die sogenannten Euthanasiefälle zu stellen: ein Arzt weiß, daß er als medizinischer Betreuer einer Heil- und Pflegeanstalt durch SS-Ärzte abgelöst wird, wenn er sich offen gegen den „Euthanasiebefehl“ wendet, was noch mehr Tötungen zur Folge gehabt hätte. Er vollzieht ihn an einzelnen Pflegelingen und rettet dadurch deren überwiegende Mehrzahl. „Gesinnungsethisch“ ist der Konflikt wohl unlösbar: die Absicht, einer überwiegenden Zahl von Menschen das Leben zu retten, kann danach nicht vom Schuldvorwurf befreien, es wenigen genommen zu haben²⁶¹. Wenn z. B. das Schwurgericht Köln trotzdem die Schuld und damit die sittliche Vorwerfbarkeit verneint, so nur, weil es den Erfolg der Tötungshandlung in die Wertung einbezieht²⁶². Den gegenteiligen Fall, wo verantwortungsethische Gedankengänge einen sittlichen Vorwurf erst begründen können, sehen wir bei jenem Denunzianten, der aus ehrlicher nationalsozialistischer Überzeugung eine sachlich völlig zutreffende Anzeige über zersetzende Aussagen macht, die den Denunzierten in Todesgefahr brachte;

²⁵⁷ Verhandlungen des 36. Juristentages, a. a. O., vgl. auch oben, Kap. 4, Abschn. III.

²⁵⁸ Vgl. dazu Böhmer, Einführung in das Bürgerliche Recht, Tübingen 1954; Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 1952, S. 288; ders., Das Sozialmodell der Klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, Karlsruhe 1953.

²⁵⁹ Vgl. als weiterreichende Parallele für das Privatrecht Wieacker (Das Sozialmodell usw.), S. 18: „Die Rückkehr zur Ethik sozialer Verantwortung“ (was freilich nicht genau das hier gemeinte Gegensatzpaar trifft. Im letzteren Sinn aber: a. a. O., S. 19 unten, S. 20 oben).

²⁶⁰ Vgl. Raiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Hamburg 1935; Enneccerus-N., § 191, Anm. 6; Staudinger-Coing, Anm. 4 zu § 138; Simits, S. 169 (Unter dem Gesichtspunkt des *ordre public*).

²⁶¹ So auch OGHBrZ St. 1, 321; 2, 17 (Strafausschließungsgrund).

²⁶² v. 24. 10. 51, NJW 52, 308 ff.; gebilligt v. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 5. Aufl., S. 151.

wenn das OLG Celle²⁶³ für diesen Fall ausführt: „Auf eine solche redliche Überzeugung würde er sich nur dann berufen können, wenn ihm die unmenschlichen Folgen einer solchen Anzeige nicht bekannt gewesen wären“, so ist ein solcher Satz nur aus den geschilderten verantwortungsethischen Gesichtspunkten zu verstehen.

Auch der Beschluß des großen Senates für Strafsachen des BGH über die Beachtlichkeit des Verbotsirrtums und die Übernahme der sogenannten Schuldtheorie²⁶⁴ basieren auf verantwortungsethischen Erwägungen²⁶⁵. So heißt es dort²⁶⁶: „Der Mensch ist jederzeit in die verantwortliche Entscheidung berufen, sich als Teilhaber der Rechtsgemeinschaft rechtmäßig zu verhalten und Unrecht zu vermeiden. Dieser Pflicht genügt er nicht, wenn er nur das nicht tut, was ihm als Unrecht klar vor Augen steht.“ Die Verantwortung für die Richtigkeit seiner Entscheidung trägt also grundsätzlich der Täter. Für die gesinnungsethisch fundierte „Vorsatztheorie“ entfällt der Schuldvorwurf dagegen schon dann, wenn der Täter an die Rechtmäßigkeit seines Handelns glaubt.

Kap. 26: Die besondere Gefährlichkeit der Alleinstellungsreklame

I. In Bezug auf die Umworbene: Bei der Alleinstellung wird die Werbewirksamkeit noch verstärkt²⁶⁷. Wir sahen, daß sich die moderne Reklame, wenn sie sich mit ihrem Gegenstand befaßt, schon seit langem zu einer überzeugenden und sachlichen Form aufgeschwungen hat. Damit steht nicht in Widerspruch, was wir oben Kap. 4, Abschn. III und Kap. 25 Abschn. IV) über die Unsachlichkeit der „ungegenständlichen“ Werbung sagten. Die Situation ist eigenartig aufgespalten. Im Bereich der „sachlichen“ Werbung sind Übertreibungen selten geworden, noch seltener sind sie erkennbar. Welche sachliche Behauptung wird der Betroffene aber mit mehr Aufmerksamkeit lesen, als die, daß die Leistung des Werbenden in irgendeinem Punkte die größte sei, seine Auflageziffer die höchste, sein Produkt das meistgekaufte sei? Aus der Wichtigkeit solcher Werbemittel erklärt sich die Häufigkeit und Hartnäckigkeit der um solche Behauptungen geführten Prozesse: durch die Alleinstellungsreklame werden die Mitbewerber in einem besonderen Maße gefährdet. Einer solchen Macht muß eine erhöhte Verantwortung entsprechen; diese hat sich zunächst darin auszudrücken, daß sich derwerbende sorgsam vergewissern muß, ob sein Werbespruch in tatsäch-

²⁶³ Urteil v. 5. 12. 47, MDR 48, 173.

²⁶⁴ BGH v. 18. 3. 52, BGHSt. 2, 194 ff.

²⁶⁵ Worauf Welzel, Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre, Karlsruhe 1953, 15 ff. hinweist; vgl. auch dens. in Das Deutsche Strafrecht, 5. Aufl., S. 134 f.

²⁶⁶ BGH, a. a. O., S. 201.

²⁶⁷ v. Holzschuher, Psychologische Grundlagen der Werbung, Essen o. J. (1954), 2. 286.

licher Hinsicht richtig ist; wenn sich aber dies nicht klären ließe, müßte er das Risiko dieser Nichterweislichkeit tragen. Diese Ergebnisse entsprechen allgemeinen Anschauungen; in unserer Rechtsordnung kommt das sittliche Prinzip der Zuordnung eines Erfolges oder Zustandes wegen der besonderen Gefährlichkeit des Handelns häufig vor. Es bewirkt bei der Gefährdungshaftung die Zuordnung für den Schaden²⁶⁸. Wer eine gefährliche Anlage errichtet, die das Nachbargrundstück gefährdet, kann grundsätzlich auf Unterlassung in Anspruch genommen werden (§ 907 Abs. 1 S. 1 BGB). Will sich der Nachbar auf eine landesrechtliche Ausnahmevorschrift berufen, so muß er deren Voraussetzungen *beweisen*²⁶⁹. Auch auf § 245 a StGB kann hingewiesen werden; der Rechtsgrund dieser Vorschrift liegt in der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit²⁷⁰, entsprechend der Eigenart des Strafrechtes und des Strafprozesses, den grundsätzlich nur die Officialmaxime beherrscht, durch eine Vermutung durchgeführt.

II. *In bezug auf allgemeine Belange.* Hier kommen in Frage: das „beruhigte Werbeklima“ und das Kulturinteresse der Allgemeinheit an einer disziplinierten und ehrlichen Reklame.

1. Unter „beruhigtem Werbeklima“ ist keineswegs der „Rechtsfriede“ zu verstehen, den jede Rechtsnorm gewährleisten will²⁷². Wir müssen hier vielmehr wieder auf die obengeschilderte Natur der heutigen Werbemethoden²⁷³ zurückgreifen. Sie sind sachlich geworden, soweit sie sich mit ihrem Gegenstand überhaupt beschäftigen; wir erinnern uns an die beiden verschiedenen Werbemethoden, die heute nebeneinanderbestehen (oben, Kap. 7, II, a. A.). In diesem einen Bereich der sachlichen Werbung ist die Alleinstellung der Hecht im Karpfenteich, gewissermaßen die letzte Reminiszenz aus der Gründerzeit mit ihrem barockem Reklameüberschwang. Soviel größte deutsche Möbelhäuser, so viele „meistgelesene

²⁶⁸ Esser, Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, München 1941, S. 77 ff.; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Bd. München und Berlin 1956, S. 385, unter Berufung auf Hegel, Rechtsphilosophie, § 116 (eine freilich wenig ergiebige Stelle).

²⁶⁹ RGRK, Anm. 3, Palandt-Hoche, Anm. 4, Staudinger-Seufert, Rdnote 32, je zu § 907 BGB; RG v. 14. 2. 22, RGZ 104, 79 ff. (84).

²⁷⁰ RG v. 24. 1. 35, RGSt. 69, 92. A. A. Nagler in LK 6. und 7. Aufl., Anm. I, 1 zu § 245 a.

²⁷¹ Maurach, Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, § 26, VII, 2. Auch die Ansicht des Vorlagebeschlusses des OLG Hamm, der Täter sei nach §§ 222, 230 StGB zu bestrafen, wenn zweifelhaft sei, ob sein verkehrswidriges Verhalten den Tod bzw. die Körperverletzung eines Menschen herbeigeführt habe, es sei denn, die Ursächlichkeit lasse sich mit Sicherheit ausschließen, wäre eine ähnliche Zuordnung aus einer geschaffenen Gefahrenlage, inzwischen hat freilich der BGH entschieden, daß auch hier im Zweifel der Grundsatz in dubio pro reo zu gelten habe (OLG Hamm Beschluß vom 9. 5. 57, NJW 57, 888; BGH: Beschluß v. 25. 9. 57, NJW 58, 1077 ff.).

²⁷² Und gegen dessen Einbeziehung wir uns oben, Kap. 3, VII, 2 aussprachen.

²⁷³ Kap. 7.

deutsche Zeitschriften“ kann es nicht geben! Wer dergleichen freilich wirklich mit Recht behauptet, mag dies tun (wenn keine anderen Verbotsgründe eingreifen); seine Behauptung muß nur richtig sein; da er es ist, der in die allgemeine Werbeatmosphäre den Schein der Unsachlichkeit hineingebracht hat, muß er diese Richtigkeit beweisen: ein neuer verantwortungsethischer Zuordnungsgrund für die Erweislichkeit der Alleinstellungsreklame.

2. Es mag sein, daß es sich bei dem Kulturinteresse der Allgemeinheit an einer disziplinierten und ehrlichen Reklame nur um einen Aspekt des oben zu 1. erörterten Gedankens handelt. In diesem Rahmen²⁷⁴ gewinnt Kohlers²⁷⁵ Satz von der notwendigen Selbstdisziplinierung als „Richter in eigener Sache“ seine Bedeutung. Freilich ist jeder Werbende Richter in eigener Sache; wer aber dabei zu einem besonders vorteilhaften, auffallenden und massenwirksamen „Urteil“ kommt, muß auch besonders diszipliniert vorgehen. Wenn er nicht bereit ist, für die Richtigkeit seiner Behauptung einzustehen, korrumpiert er die Selbstdisziplin der Werbenden; diese ist notwendig, denn die Werbung bedarf als wichtige soziologische Erscheinung einer inneren Überformung. Wer nicht bereit ist, die Verantwortung für die Richtigkeit einer Alleinstellungsreklame zu tragen, trägt mithin zu einem für die Allgemeinheit äußerst unerwünschten Erfolg bei; er handelt so betrachtet sittlich nicht richtig; dies tut er nicht aus falscher Gesinnung, aber aus verantwortungslosem Mangel an eigener Zügelung.

3. Auch im Rahmen des § 315 Abs. 3 BGB muß der „Richter in eigener Sache“ die Berechtigung seines Urteils beweisen. So mit Recht die herrschende Meinung. Man folgert das schon aus dem Wortlaut der Vorschrift, die jedoch nur ein allgemeines sittliches Prinzip widerspiegelt. Im Arbeitsrecht kommt es häufiger vor, daß Leistungen von dem Ermessen des Arbeitgebers abhängen; der Arbeitnehmer hat aber ein Recht darauf, daß jener bei der ihm eingeräumten Selbstentscheidung gerecht vorgeht; er hat zu beweisen, daß die Voraussetzungen für die Richtigkeit

²⁷⁴ Nicht zur Begründung des Vergleichsverbotes, vgl. o., Kap. 8, III, 1.

²⁷⁵ MUW 16, 27 ff.: „Von altersher gilt der Satz, daß, wer ausnahmsweise in eigener Sache richten will, mit besonderer Vorsicht und Sorgfalt vorgehen muß; er soll namentlich nicht mit zweifelhaften Angriffen operieren, sondern nur dasjenige behaupten, das *über allen Streit erhaben* ist.“ Vgl. auch den Rechtsgedanken im Urteil des RG v. 25. 11. 30, JW 31, 499, linke Spalte. Mitte: Wer ein wegwerfendes Urteil über einen Konkurrenten, noch dazu in einem Flugblatt fällt, muß so deutlich sprechen, daß der Leser in der Lage ist, sich ein eigenes Urteil zu bilden. Wer also mit der Konkurrenz in dieser Form ins Gericht geht, muß zur Aufklärung beitragen.

²⁷⁶ Vgl. Palandt-Danckelmann, Anm. 4; Staudinger-Werner, Anm. IV, 1, Abs. 2; RGRK, Anm. 6; Oertmann, 5. Aufl., Anm. 8; Ermann-Groepper, Anm. 10, Planck, 4. Aufl., Anm. 3, a. E. sämtliche zu § 315 BGB Enn-Lehm, § 5. I. 1. e; Leonhardt, Beweislast, 2. Aufl., S. 340; BAG v. 14. 12. 56, NJW 57, 648.

seiner Ermessensentscheidung gegeben sind²⁷⁷. Im Aktienrecht obliegt es der beklagten Gesellschaft, den klagenden Vorstandsmitgliedern — schon vor dem Prozeß nachzuweisen, daß eine Kürzung seiner Bezüge nach § 78 Abs. 2 AktG berechtigt ist²⁷⁸. Im öffentlichen Recht hat eine Gemeinde, die einem Staatsbürger durch eine Satzung Lasten auferlegt, gleichzeitig die Grundlagen der Bemessung so vollständig anzugeben, daß dem Verpflichteten eine Kontrolle der Berechtigung der Forderung möglich ist²⁷⁹.

Kap. 27: Die unkontrollierbare Wirkung der Alleinstellungsreklame

I. Grundsatz. Wir haben oben in Kap. 5 und 6 gesehen, daß sich die psychologischen Wirkungen eines Werbeslogans erst durch Experimente, also im Nachhinein, feststellen lassen. Daher bedeutet Reklame nicht nur psychologische Macht, sondern auch vorher nicht kontrollierbare Macht. Bei einem beginnenden Reklamefeldzug läßt sich wohl einigermaßen sicher voraussehen und steuern, daß der Slogan überhaupt Beachtung findet und sich im Unterbewußtsein einprägt; wie er verstanden wird, ist noch nicht abzusehen.

Aus diesem Gesichtspunkt könnte man einen Einwand gegen das bisher gewonnene Ergebnis herleiten; wie sollte sich der Werbende über die Wahrheit seiner Alleinstellungsbehauptung vergewissern, wenn er noch nicht weiß, ob sie auch als solche verstanden wird? In Wirklichkeit verstärkt dieser Gesichtspunkt gerade diese Verpflichtung. Es darf dem Werbenden nichts helfen, zu sagen, er habe mit dieser Wirkung nicht gerechnet; er kennt ja den merkwürdigen Zwiespalt zwischen psychologischer Eindringlichkeit und fehlender psychologischer Steuerbarkeit am besten; er muß mit ihm rechnen; denn Anhaltspunkte dafür, wann eine Reklame als Alleinstellung wirken kann, gibt es immerhin, wie wir in Kap. 5 gesehen haben. In allen diesen Fällen muß er sich also vergewissern, ob sie auch wahr ist.

II. Beispiel im geltenden Recht: § 330 a StGB. Tathandlung ist in dieser Bestimmung allein das Sichberauschen. Damit wird ein Zustand geschaffen, in dem der Täter die Steuerung über sich selbst verliert. Wegen dieser Unkontrollierbarkeit, in die er sich verantwortungslos gestürzt hat, muß ihm der Erfolg angerechnet werden²⁸⁰. Auch das ist eine verant-

²⁷⁷ Vgl. § 3 Abs. 2, S. 1 TOA, § 7 Abs. 3 TOA und die Ausführungen von Neumann-Duesberg in JR 53, 56 f.

²⁷⁸ Baumbach-Hueck, Anm. 3 c, a. E., Schlegelberger-Quassowski, Rdnr. 14 (unter Hinweis auf § 315 BGB), v. Godin-Wilhelmi, Anm. 8 sämtliche zu § 78 AktG.

²⁷⁹ BayVerfGH v. 27. 11. 48, GVBl. 1949, S. 39 ff., vom 13. 10. 51 VGHE NF 4, II, 181 ff. (191).

²⁸⁰ Vgl. etwa die Formulierung von Kahl, zitiert bei Mayer, ZStW 59, 282 ff. (300, Note 55): „Jene rechtsvernichtende gleichgültige Stimmung, welche jede

wortungsethische Zuordnung eines bestimmten Erfolges. Welches Rechtsgut verletzt wird, und wofür die Verantwortung zu tragen ist (im Falle der Rauschtat für einen Erfolg in der Außenwelt, die Verwirklichung eines Straftatbestandes, im Falle der Alleinstellungsbehauptung für etwas Abstraktes, die Nichterweislichkeit), bleibt gleich. Daß dem Grundsatz sittliche Allgemeingeltung zugeschrieben werden darf, zeigt gerade das Beispiel des § 330 a StGB, der der Anschauung der Allgemeinheit in besonderem Maße gerecht wird²⁸¹.

Kap. 28: Gesinnungsethische Ergänzung

I. Unterstützend können noch zwei *gesinnungsethische Gesichtspunkte* herangezogen werden, die zwar für sich allein nicht die Kraft zum Verbot innehaben, aber die bereits abgehandelte Gründe unterstützen können.

1. Der *Monopolgedanke*. Dabei ist nicht an das behauptete Monopol, (Alleinstellung) gedacht, sondern an das Erweislichkeitsmonopol, welches der Inhaber der versteckten²⁸² Alleinstellung besitzt. Wer die Mittel, einen Beweis zu führen, allein besitzt, muß sie einem anderen zwar nicht stets²⁸³, aber jedenfalls dann offenbaren, wenn noch andere Pflichtmomente bestehen wie hier. Dies ist auch der Grundgedanke der Rechtsprechung zur Auskunft- und Rechenschaftspflicht aus Treu und Glauben.

2. Der Gedanke der *Ingerenz*. Wer sich einer Alleinstellung berührt, soll sie nachweisen, wie der, welcher sich eines Anspruchs berührt, vom angeblichen Schuldner auf Feststellung verklagt werden kann, daß der Anspruch nicht besteht und ihn dann nachweisen muß. Die Ingerenz kann eine allgemeine Garantenpflicht zur Abwendung eines Erfolges erzeugen, deren Nichterfüllung strafrechtlich relevant ist²⁸⁴; warum soll dann die Selbstberührung nicht eine sittliche Pflicht für die Beweisführung begründen? Die Alleinstellungsbehauptung hat viel mit einem

Erwägung darüber preisgibt, ob nicht durch das eigene Verhalten die gleichberechtigten Interessen anderer gefährdet werden könnten“. Die oben angegebene Deutung des Tatbestandes des § 330 a StGB ist unabhängig davon, ob man die Gemeingefährlichkeit des Rausches noch als „ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal“ fordert, so Welzel, Das deutsche Strafrecht, 4. Aufl., § 6, II, 1 b mit Nachweisen aus der Rechtsprechung; Lange ZStW 59, 574 und in Kohlrausch-Lange, StGB, Anm. III zu § 330 a StGB, a. A. die h. M., z. B. Schöнке-Schröder, StGB, 8. Aufl., München und Berlin 1957, Anm. II, Schwarz, StGB, 19. Aufl., München und Berlin 1956, Anm. 1 C, Dreher-Maassen, StGB, 2. Aufl., München und Berlin 1956, Anm. II, 1, c, je zu § 330 a StGB, je mit Nachweisen.

²⁸¹ Zu vergleichen Schneidewin, JZ 57, 326, links unten.

²⁸² Nur um diese handelt es sich hier, vgl. unten Kap. 29, II, 3 a. E.

²⁸³ Soweit reicht die Kraft des Gedankens nicht, vgl. oben Kap. 21.

²⁸⁴ Vgl. Maurach, Deutsches Strafrecht, 1. Bd. § 23 III C 4 und die dortigen Nachweise.

Prahlens gemeinsam, jedenfalls auf den ersten Anschein; daher sollte der mit ihr Werbende zeigen müssen, daß er nicht nur leere Worte macht.

II. *Bisherige Andeutung des Ergebnisses in der Literatur.* Eine ähnliche Ansicht ist bisher, soweit ersichtlich, nur von Tetzner²⁸⁵ angedeutet worden: „ob derartige Superlativreklame dadurch unlauter wird, weil der so Werbende sich selbst ihre Richtigkeit nicht genügend sicher beurteilen kann... Man könnte ja sagen, daß es guten kaufmännischen Gepflogenheiten zuwiderläuft, wenn ein Kaufmann „ins Blaue hinein“ wirbt und Werbebehauptungen, die sich sehr schädlich auf seine Mitbewerber auswirken können, so gleichsam „auf gut Glück“ aufstellt“. Tetzner lehnt diesen Gedanken schließlich ab, weil er befürchtet, man könne ihn auf jede Reklame ausdehnen; er übersieht dabei aber wohl die besondere Eigenart der Alleinstellungswerbung. Im übrigen berücksichtigt Tetzner nur die „gesinnungsethischen“ Gesichtspunkte.

Kap. 29: Die Durchführung der Theorie

I. *Die Offenbarung der Bemessungsgrundlagen als Obliegenheiten.* Wir haben gesehen, daß die Zuordnung der Verantwortung für die Erweislichkeit einer Tatsache auf verschiedene Weise technisch verwirklicht werden kann²⁸⁶. Nun wird zu prüfen sein, welche dieser Möglichkeiten dem Inhalt des § 1 UWG am besten entspricht:

1. Eine Überbürdung der Beweislast auf den Werbenden? Wer einen Unterlassungsanspruch gegen eine unrichtige Alleinstellungsreklame auf § 3 UWG stützen will, muß die Unrichtigkeit nach dem Wortlaut und dem (gesinnungsethischen) Sinn dieser Vorschrift selbst beweisen²⁸⁷. Also würde ein Ergebnis, das über § 1 UWG die Beweislast dem Werbenden auferlegte, eine Umgehung des § 3 UWG bedeuten. Außerdem muß man den Werbenden schon vor dem Prozeß auffordern können, die Grundlagen seiner Alleinstellungsbehauptung aufzudecken. Das wäre nicht möglich, wenn er nur die Beweislast zu tragen hätte. Ferner ist die Offenlegung der Unterlagen für die hier versuchte Theorie eine sittliche Pflicht; ihre Nichterfüllung ist also Teil des Vorwurfes, den man dem Werbenden macht, also Teil des den Anspruch begründenden Tatbestandes des § 1 UWG. Dann kann er nicht in die Beweislastregelung gezogen werden.

2. *Vermutungen* sind rein gesetzestechnische Hilfen; sie müssen gesetzlich ausdrücklich normiert sein. Durch Auslegung einer Vorschrift können sie nicht geschaffen werden.

²⁸⁵ NJW 56, 1903.

²⁸⁶ Vgl. oben, Kap. 23, IV.

²⁸⁷ Oben, Kap. 22.

3. Eine *Rechtspflicht* des Werbenden zur Aufklärung, der ein Anspruch des Klageberechtigten entspräche, würde nach dem oben zu 1. gesagten eher der Natur der Sache entsprechen; eine sittliche Pflicht zur Aufklärung besteht. Aber damit ist nicht die Notwendigkeit dargetan, eine selbständige Rechtspflicht anzunehmen. Es liegt im Wesen des Rechts, daß es mit seinen Mitteln so sparsam und rationell wie möglich umgeht. Zweck unserer Theorie soll sein, die Rechtsgüter Dritter und der Allgemeinheit vor der unrichtigen Alleinstellungsreklame wirksamer zu schützen. Ob jemand Alleinstellungsreklame dann treibt, wenn er es tun dürfte, bleibt dagegen seine Sache. Die Offenlegung der Bemessungsgrundlagen liegt daher nur in seinem Interesse (im Interesse der geschützten Rechtsgüter lag nur die Forderung der Offenlegung). Also kann er dazu nicht verpflichtet werden.

4. Dagegen ergibt sich hieraus, daß es sich um eine *Obliegenheit* oder Last²⁸⁸ handelt; es liegt allein im Interesse des Werbenden, ob er den Beweis führen will; es ist im Interesse des Schutzes Dritter nötig, ihm diesen Beweis aufzuerlegen, wenn er die Alleinstellungsreklame weiter betreiben will. In solchen Fällen entspricht der bedingt gebietende Charakter einer Obliegenheit („wenn die Reklame weiter betrieben werden soll, so muß die Richtigkeit nachgewiesen werden“) am besten der Natur der Sache. Im einzelnen hat folgendes zu gelten:

a) Aufklärung und Nachweis kann jeder fordern, der klageberechtigt ist, denn da der Anspruch davon abhängt, daß der Täter nicht willens oder fähig sei, seine Alleinstellung zu belegen, muß sich auch jeder Anspruchsberechtigte darüber Klarheit verschaffen können, ob der beabsichtigte Unterlassungsanspruch zu Recht besteht.

b) Grundsätzlich hat sich der Werbende über die Grundlage seiner Behauptung und ihre Beweisbarkeit schon klar zu sein, bevor er mit der Alleinstellungsreklame an die Öffentlichkeit tritt. Sobald er also das erstmal öffentlich geworben hat, muß er zur Offenlegung auch bereit sein.

c) Kommt der Werbende seiner Obliegenheit zum Nachweis erst später nach, (etwa weil er erst auf die Aufforderungen hin die Nachweise beschaffte), so wird erst mit dem vollständig geführten Nachweis die Werbung zulässig. Bis dahin war also ein Begehren auf Schadenersatz

²⁸⁸ Vgl. dazu die zusammenfassende Darstellung von Reimer Schmidt, Die Obliegenheiten, Karlsruhe 1953. In seinem Sinne würde es sich um eine teleologische Obliegenheit (a. a. O., S. 84 ff. und S. 313) handeln, weil sie auf die Herbeiführung eines bestimmten Verhaltens, nämlich die Werbung mittels Alleinstellung nur bei Nachweisbarkeit ihrer tatsächlichen Grundlagen gerichtet ist; im Sinne der zweiten Unterscheidung Schmidts — a. a. O., S. 313 und 99 — handelt es sich um („teleologische“) Nötigungstatbestände, weil die Vernachlässigung der Obliegenheit nicht etwa einen Rechtsvorteil nicht entstehen läßt (dies wäre im Sinne Reimers ein „Anreizungstatbestand“), sondern eine Rechtspflicht — das Unterlassen der Werbung — erzeugt.

oder Unterlassung möglich, wenn die übrigen Tatbestandsmerkmale vorlagen; von dort an aber nicht mehr; ein bereits begonnener Unterlassungsprozeß muß in der Hauptsache für erledigt erklärt werden; die Kosten hat der Beklagte zu tragen, weil nach dem *bisherigen* Sach- und Streitstand (§ 91 a Abs. ZPO) die Klage berechtigt war.

II. Die Tathandlung

1. Die aufgestellten Grundsätze eignen sich nur für öffentliche Werbung („Reklame“). Denn die Begründung setzte immer wieder die Gefährdung öffentlicher Rechtsgüter voraus. Wir sind von der psychologischen Macht und Eindringlichkeit der Massenwerbung ausgegangen. Diese Gesichtspunkte fallen bei der Einzelwerbung mittels einer Alleinstellungsbehauptung weg.

2. Die Lehre paßt nur für Alleinstellungsbehauptungen, nicht für reine Wertungen, deren Richtigkeit man gar nicht nachweisen kann. Zu unterscheiden ist aber wiederum²⁸⁹ zwischen den reinen Wertungen und den Werturteilen als Schlußfolgerung tatsächlicher Behauptungen. Bei den letzteren müssen die tatsächlichen Elemente der Wertung nachgewiesen werden.

3. a) Die hier versuchte Theorie ist für die Alleinstellungsreklame als Beispielfall einer besonders gefährlichen Werbeart entwickelt worden; es ist nicht ausgeschlossen, daß sie auch für andere besonders werbewirksame und gefährliche Arten der Reklame gelten könnte.

b) Besonderer Erörterung bedarf noch die Frage, ein wie großer Teil des umworbenen Publikums die Reklamebehauptung als Alleinstellung verstehen muß. Wir erinnern uns, daß bei der Anwendung des § 3 UWG die Auffassung eines „nicht unerheblichen Teiles der Umworbenen“ genügt. Dies rechtfertigt sich dort aus dem Zweck der Norm, der unter anderem darin besteht, die Unternehmen der Konkurrenten vor einer Gefährdung durch feststellbar unwahre Angaben zu schützen²⁹⁰. Hier ist aber der Gedankengang gerade umgekehrt: *weil* die Alleinstellungsreklame besonders werbewirksam ist, *weil* sie also besonders gefährlich ist, muß derjenige, der sie braucht, ein Recht dazu nachweisen: wir gehen hier also von der Werbewirksamkeit einer *Alleinstellungsreklame* aus. Bei einer Behauptung, die nur von einem Teil der Umworbenen als Alleinstellung verstanden wird, fehlt es an dieser besonderen Gefährlichkeit. Auf der anderen Seite kann es natürlich nicht notwendig sein, daß jeder einzelne Umworbene eine Alleinstellung annimmt. Denn so genau läßt sich ja die Werbung niemals abgrenzen; viele Ausdrücke sind auch zweifelhaft und können verschieden verstanden werden; es wird immer einige geben, die sie nicht als Alleinstellungsbehauptung verstehen.

²⁸⁹ Oben, Kap. 15, II.

²⁹⁰ Oben, Kap. 14, II.

Nach allem ist die *Mehrheit* der Umworbenen maßgebend. Sie wird sich häufig nur durch eine Beweisaufnahme feststellen lassen; damit ist der Kläger hier freilich schlechter gestellt als in § 3 UWG; da aber unsere Theorie in anderer Hinsicht den Werbenden erhebliche Beschränkungen auferlegt, muß im übrigen dafür gesorgt werden, daß die Bäume nicht in den Himmel wachsen. — Die Mehrheit muß nicht etwa „beträchtlich“ sein, es darf sich natürlich auch nicht nur um „eine Stimme“ handeln, weil sonst Zufallsergebnisse herauskommen; sie muß nach richterlicher Überzeugung gesichert und erheblich sein. Im übrigen handelt es sich um eine Tat- und Ermessensfrage, für welche eine nähere Abgrenzung noch nicht möglich ist.

Auch im Rahmen des § 18 Abs. 2 HGB, wo die Täuschung ebenfalls vornehmlich aus Gründen des Gemeinwohls unterbunden werden soll, ist es nötig, daß die Mehrheit des Publikums, das mit dem Geschäft in Verbindung tritt, der Firma einen täuschenden Sinn beimißt²⁹¹.

c) Nicht jede Alleinstellungsbehauptung, sondern nur die „versteckte“ hat der Werbende nachzuweisen; auch unter den Alleinstellungsbehauptungen gibt es solche, bei denen keine Beweisschwierigkeiten bestehen. So läßt sich jederzeit und durch jeden leicht nachprüfen, welches das höchst gelegene Hotel des Zillertales ist (Beispiel 64). In einem solchen Falle kann es zu Beweisschwierigkeiten gar nicht kommen; also kann der Werbende die Verantwortung für sie gar nicht tragen müssen. Diesen Fall mag man als „offene“ Alleinstellungsreklame bezeichnen; um eine solche handelt es sich nur, wenn die Nachprüfung jedem Mitbewerber ohne Schwierigkeiten möglich ist.

4. Da sich die hier vertretene Ansicht auf die Generalklausel des § 1 UWG stützt, müssen auch deren weitere Tatbestandsmerkmale gegeben sein. Der Werbende muß also „im geschäftlichen Verkehr“ und „zu Zwecken des Wettbewerbs“ handeln; zu diesen beiden Voraussetzungen gelten keine Besonderheiten.

5. *Zusammenfassung:* Die Tathandlung besteht also in öffentlicher Werbung im geschäftlichen Verkehr und zu Wettbewerbszwecken mit einer Behauptung, die eine sichere Mehrheit des umworbenen Publikums als Alleinstellungsbehauptung versteht, wenn sie ohne die Bereitschaft oder Fähigkeit vorgenommen wird, auf Aufforderung eines jeden nach § 13 UWG zur Klage Berechtigten ihre Richtigkeit nachzuweisen.

III. Natur der Tathandlung. Der so gekennzeichnete Verstoß des Werbenden ist fortgesetzte Handlung²⁹², solange er die Reklame betreibt; er

²⁹¹ Die Auseinandersetzungen gehen hier aber darum, welcher Kreis jeweils als Publikum in Frage kommt. Vgl. Hildebrandt bei Geßler-Hefermehl, HGB Bd. 1, Bln. 1950, Anm. 9 zu § 18 HGB mit Nachw., Grosdorff, JW 36, 394; a. A. Crisolti, JW 34, 942, für den eine Minderheit des Publikums genügt.

²⁹² Das Reichsgericht hat allerdings den Fortsetzungszusammenhang als künstliches, nur für spezifische Zwecke des Strafprozesses geschaffene Gebilde

ist nicht etwa Dauerhandlung, solange er sich weigert, oder unfähig ist, die Berechnungsgrundlagen bekanntzugeben. Mit der Beendigung der Werbung ist das Delikt vielmehr vollendet. Denn die sittenwidrige Handlung besteht darin, daß der Täter wirbt, ohne zum Nachweis der Bemessungsunterlagen fähig oder bereit zu sein. Der Tatbestand besteht also in einem Handeln, das sich durch eine bestimmte Bewußteinslage auszeichnet. Nicht diese letztere selbst ist die tatbestandsmäßige Handlung (dann läge freilich eine Dauerhandlung vor). Eine solche Konstruktion würde zu schwierigen Fragen führen, denn die Bewußteinslage kann auch darin bestehen, daß sich der Werbende überhaupt keine Gedanken über die Nachweisbarkeit seiner Behauptung gemacht hat. Man müßte also dann die Theorie vom unechten Unterlassungsdelikt mit allen ihren Schwierigkeiten des Kausalitätsnachweises einführen. Die Konstruktion würde aber abgesehen davon auch der Natur der Sache nicht gerecht. Denn der Vorwurf liegt zunächst einmal darin, daß der Werbende *mit seiner Reklame* eine Gefahr gesetzt hat (für deren Berechtigung er nicht eintreten kann). Jede einzelne Reklamehandlung (Auftrag zur Insertion, zum Plakatankleben usw.) ist ein Tatakt der fortgesetzten Handlung über den Fortsetzungszusammenhang, seine Begründung und Unterbrechung sind die allgemeinen strafrechtlichen Grundsätze heranzuziehen²⁹³.

IV. *Rechtswidrigkeit der Tathandlung.* Eine nach § 1 UWG verbotene Handlung ist auch rechtswidrig²⁹⁴. Verboten ist hier, mit einer Alleinstellungsbehauptung Reklame zu treiben, ohne deren Richtigkeit nachzuweisen. Die Reklame dessen, der dazu nicht in der Lage ist, ist also von Anfang an rechtswidrig; sie *bleibt* es, bis der Nachweis erbracht werden kann. Die Rechtswidrigkeit wird erst manifest, wenn ein Klageberechtigter den Werbenden vergeblich aufgefordert hat, seine Unterlagen aufzudecken. Durch eine spätere Befolgung dieser Aufforderung werden die früheren Tatakte nicht rechtmäßig, wohl aber die späteren.

im Zivilrecht nicht angewendet (Urt. v. 18. 12. 31, RGZ 134, 335 ff. — 338 f.; v. 19. 12. 12, RGZ 88, 436 ff. — 438 —; vom 21. 8. 40, GRUR 40, 572 ff. — 575 —; so auch Reimer, Kap. 115, Randnote 5; a. A. mit Recht B—H, Allg., Randnote 255 (freilich ist mit BGH in NJW 51, 518 noch nicht bewiesen, daß der BGH nicht doch an dieser Rechtsprechung festhält; denn eine Ausnahme für Vertragsstrafen hat schon das Reichsgericht in MUW 33, 448 angenommen). In Wirklichkeit ist der Zusammenhang einer fortgesetzten Handlung nicht nur eine Frage der Zweckmäßigkeit; seine Annahme entspricht auch einem sachlogischen Bedürfnis.

²⁹³ Nachweise und ausführliche Darstellung bei Maurach, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil. S. 601 ff.

²⁹⁴ Callmann, S. 46, B—H, Allg., Randnote 106, Reimer, Kap. 74, Randnote 2; Vgl. für die entsprechenden Generalklauseln des BGB: Fischer, Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, München 1911, S. 140 ff.; Larenz, Schuldrecht, Bd. II, § 66, III; Esser, Schuldrecht, S. 470; Staudinger-Riezler, 10. Aufl., Anm. 7 (Fußnote 7) zu § 826 BGB; a. A.: Oertmann, Sittenwidrige Handlungen, in: DJZ 1903, S. 325 ff.

Gegen dieses Ergebnis spricht nicht etwa, daß sich dann ein Dritter für irgendwelche Angriffe auf den Werbenden auf Notwehr gegen dessen unfundierte Alleinstellungsreklame berufen könne; denn zur Notwehr gehört auch das subjektive Rechtfertigungselement²⁹⁵ des Verteidigungswillens²⁹⁶. Es kann nicht vorhanden sein, solange der Werbende nicht aufgefordert wurde, seine Unterlagen offenzulegen; denn bis dahin ist die Rechtswidrigkeit seines Handelns gar nicht bekannt.

V. *Schuld*, nämlich Vorsatz oder Fahrlässigkeit, kommt nur bezüglich des Schadenersatzanspruches in Frage²⁹⁷. Meist wird mindestens Fahrlässigkeit vorliegen. Denn beachtliche tatsächliche Unkenntnis ist nur über die Wirkung der Werbung als Alleinstellung möglich. Wer sich hier leichtfertig darauf verläßt, der Verkehr werde schon keine Alleinstellungsbehauptung aus seiner Werbung herauslesen, handelt meist fahrlässig, vor allem dann, wenn er „alleinstellungsgeneigte“ Worte und Wortverbindungen benutzt hat. Fraglich könnte sein, ob ein Verbotsirrtum beachtlich ist, ob sich also angesichts der bisherigen Rechtsprechung ein Kaufmann darauf verlassen kann, daß die Aufklärung der Richtigkeit einer Alleinstellungsbehauptung dem obliege, der sie angreifen will.

VI. Prozeßrechtliche Bemerkungen

1. Der Kläger muß die oben zu III, 7 zusammengefaßten Tatbestandsmerkmale behaupten und nachweisen; er hat also im wesentlichen darzulegen, daß der Beklagte öffentlich im geschäftlichen Verkehr und zu Wettbewerbszwecken einen Slogan gebrauche, welchen die Mehrheit des Publikums als Alleinstellungsbehauptung auffassen müsse; er sei nicht bereit oder fähig, die Richtigkeit seiner Behauptung nachzuweisen. Dazu

²⁹⁵ Zum Begriff vergleiche Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 75.

²⁹⁶ Ermann-Groeppe, Anm. 4, Staudinger-Coing, Rdnote 7, a. E., je zu § 227 BGB, je mit strafrechtlichen Nachweisen; im Strafrecht ist dies freilich nicht unbestritten; eine objektive Notwehrlage lassen genügen: Mezger, Strafrecht, eine Lehrbuch, München und Berlin 1933, S. 236, und in „Gerichtssaal“ Jg. 89, 303 ff.; v. Hippel, Deutsches Strafrecht, 2. Bd., Berlin 1930, S. 210, Anm. 8. Die Verteidigungsabsicht halten für erforderlich: Welzel, a. a. O., S. 71, Binding, Die Normen und ihre Übertretungen, 2. Bd., 2. Aufl., Leipzig 1914, S. 612, Frank, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., Tübingen 1931, Anm. 2 zu § 53 StGB, Maurach, Das deutsche Strafrecht, Allgemeiner Teil, S. 280, und die ständige Rechtsprechung, vgl. die Nachweise bei letzterem. Die Lehre, daß die objektive Notwehrlage genüge, geht von der längst überwundenen Zuteilung der objektiven Verbrechenseite zur Rechtswidrigkeit und der subjektiven zur Schuld aus.

²⁹⁷ Für den Unterlassungsanspruch genügt es, wenn die sämtlichen Tatbestandsmerkmale objektiv vorliegen; zu diesen gehört nach herrschender Meinung freilich auch die Kenntnis aller Tatumstände des subjektiven Tatbestandsmerkmals der Sittenwidrigkeit, vgl. B-H, All., Randnote 84; diese Einschränkung ist aber für den in die Zukunft gerichteten Unterlassungsanspruch regelmäßig ohne Bedeutung (so auch B-H, Allg. Randnote 207), denn mindestens bei der letzten mündlichen Verhandlung kennt der Werbende alle Umstände, welche die Sittenwidrigkeit begründen.

kommen die Tatsachen, welche die Wiederholungsgefahr oder das Verschulden des Beklagten begründen.

2. Neben dem Bestreiten dieser Merkmale kann sich der Beklagte im Prozeß noch dadurch verteidigen, daß er den Nachweis der Richtigkeit seiner Behauptung erbringt. Für die Zukunft ist seine Reklame mit dem geführten Nachweis rechtmäßig, für die Vergangenheit nicht; trotzdem kann der Kläger dann in der Hauptsache nicht mehr obsiegen; denn es fehlt sowohl an der Gefahr der Wiederholung einer *rechtswidrigen* Handlung, als auch an einem zu ersetzenden Schaden, denn durch die wahrheitsgemäße Behauptung kann ein solcher ja nicht entstanden sein. Der Rechtsstreit ist also in der Hauptsache erledigt; die Kosten trägt, wie billig, der Beklagte, denn *bisher* war die Klage ja berechtigt (§ 91 a Abs. 1 ZPO).

3. Berechtigt zum Abwehranspruch ist der in § 13 Abs. 1 UWG genannte Personenkreis.

Kap. 30: Das Verbot der unsittlichen Marktschreierei

1. Bisherige Behandlung der Frage. Das Bedürfnis nach einem Verbot leichtfertiger und marktschreierischer Superlativwerbungen ist oft empfunden worden²⁹⁸. Bis 1945 hatte der Werberat der deutschen Wirtschaft jede Alleinstellung und alle Superlative aus der Werbung verbannt²⁹⁹, gewiß aus ähnlichen Gründen.

Heute ist der Standpunkt der herrschenden Meinung folgender: wenn mit einem Superlativ erkennbar übertrieben wird, ist er nach § 3 UWG nur mit dem nach Abzug der erkannten Übertreibung bleibenden Sinn zu fassen. Denn das Publikum hat die eigentliche Wortbedeutung schon richtig verstanden; es „schüttet schon genug Wasser in den Wein“³⁰⁰, nach § 1 UWG ist ein solcher Superlativ nur dann zu verbieten, wenn er einen versteckten Vergleich enthielte. Bei B-H taucht noch der Gedanke auf, eine besonders marktschreierische Reklame könne unzulässiges „Anreißen“ (§ 1 UWG) sein³⁰¹. Darunter versteht man eine aufdringliche Art der Werbung, die den Kunden belästigt. Hierzu gehören etwa: Ansprechen von Passanten, unverlangte Hausbesuche, Zusendung unbestellter Waren³⁰². Man sieht aber schon an diesen Beispielen, daß diese Rechtsfigur nicht paßt; denn so zart wird das ästhetische Empfinden der

²⁹⁸ Eine Umfrage der IHK München hat ergeben, daß die Mehrzahl der Befragten jede Alleinstellungswerbung ablehnen, s. Mitteilungsblatt derselben, Jg. 56, S. 13; s. auch unbek. Verf. in BB 55, 431 Droste BB 54, 736 ff., Sonderland, BB 53, 959.

²⁹⁹ Nr. 6 der zweiten Bekanntmachung v. 1. 11. 1933 (RAnz. Nr. 256).

³⁰⁰ B-H, Randnote 22 zu § 3 UWG.

³⁰¹ B-H, Randnote 24, a. E., zu § 3 UWG.

³⁰² Nachweise und Beispiele bei Reimer, Kap. 82, Randnote 1.

durchschnittlichen Betrachter nicht sein, daß es auf besonders schlechte Reklame mit Unlustgefühlen reagiert, also belästigt wird.

II. *Stellungnahme.* Es besteht aber ein Bedürfnis, eine Alleinstellungswerbung auch wegen besonders grober formaler Mängel zu untersagen. Solche besonders geschmacklosen Reklamen kommen heute, anders als etwa um die Jahrhundertwende, allerdings seltener vor. Aber gerade deshalb muß dafür gesorgt werden, daß dieser Zustand erhalten bleibt. Die besonders geschmacklosen Reklamen sind geeignet, das Niveau des allgemeinen Reklamewesens zu senken. Die Reklame aber hat heute eine kulturelle Funktion³⁰³. Niemand kann sich ihren Schlagworten entziehen, nicht einmal die Kinder, die durch Werbefunk, Werbefernsehen und die Kinderveranstaltungen großer Warenhäuser mit ihr Bekanntschaft machen. So ist sie geeignet, den Denk- und Schreibstil des Menschen zu formen. Daneben geht die unbewußte Wirkung auf die Geschmacksbildung der Massen.

Auch in dieser Beziehung muß der psychologischen Macht der Werbung ihre Verantwortung entsprechen. Man wird es mit den Mitteln des Rechts natürlich nicht durchsetzen können, daß das Niveau der Reklame gehoben wird, aber man kann sagen, daß derjenige Reklametreibende, der die durchschnittliche Geschmackshöhe der Werbung *erheblich unterschreitet*, und mit besonders plumpen Phrasen, besonders arroganten Hervorhebungen, besonders widerlichen Anspielungen wirbt, schon wegen dieser Geschmacklosigkeiten einen Sittenverstoß begeht.

Wiederum bedeutet es eine unangebrachte Überspitzung der „Gesinnungsethik“, den Grund dieses sittlichen Verbotes im Aktunwert solcher Reklamehandlungen zu suchen; natürlich ist er bei solchen Verstößen auch vorhanden, er ist aber schwerlich für das Bewußtsein des Volkes evident. Deshalb hat unser Anliegen auch mehr rechtspolitische Verfechter gefunden. Fügt man in § 1 UWG auch verantwortungsethische Gedankengänge ein, so ist das notwendige Ergebnis möglich. Jedermann wird einsehen, daß ein Minimum an Bildung und Gesittung des Ausdrucks und der Form zu den wichtigsten Gütern einer Nation gehört und daß sie der Werbende in Gefahr bringt, der sie durch seine Reklame

³⁰³ Vgl. hierzu außer den bereits zu Kap. 3, IX und zu Kap. 7 zitierten den Bericht über die Tagung der Evangelischen Akademie Bad Boll, MA 56, 180 ff. (1933): D. Dr. Müller: „Kirche und Schule werden übertönt von dem Trommelfeuer der Interessen... Man muß sich zusammentun, um den dadurch entstehenden Gefahren zu begegnen.“ Ferner Lisowski, Kaufmannspraxis, Leipzig o. J. (1939), S. 268 f.: „Die Werbung ist in hohem Maße Suggestion, ist eine Art Zauberei und Magie. Wir können aber weiße und schwarze Magie treiben... Wir können an die in langer Kulturentwicklung herangezüchteten höheren Seiten des Menschen rühren... Wir können aber auch dämonische Urtriebe entfesseln, die längst überholten, aber dennoch in uns lebendigen Sphären bedenklicher Tiernähe entspringen. Diese Betrachtung der Werbung als ethisches und erzieherisches (und zwar individual- wie sozialpädagogisches) Problem ist genauso auch im wirtschaftlichen Zusammenhang geboten.“

grob mißachtet. Der gefährliche Erfolg läßt allein die Handlung als sittlich bedenklich erscheinen.

III. Einzeldurchführung

1. Aus dem Gesagten ergibt sich schon, daß es sich hier nur um allgemeine Rechtsgüter handelt. Individuelle Güter, etwa die Konkurrenzunternehmen, können hier nicht verletzt sein; vielmehr geht es ausschließlich um das Kulturinteresse der Allgemeinheit an einer geschmackvollen Reklame³⁰⁴. Der einzelne Kaufmann macht also hier ausschließlich allgemeine Interessen geltend, wenn er, legitimiert durch § 13 Abs. 1 UWG auf Unterlassung klagt. Ein Schadensersatzanspruch ist trotzdem nicht unmöglich, aber praktisch wohl selten denkbar.

2. Der Grundsatz kann nur für *Reklame* gelten, denn nur sie ist wegen ihrer Allgegenwärtigkeit für das öffentliche Geschmacksbild und die öffentliche Geschmacksbildung so gefährlich. Einzelwerbungen vermögen keine breiteren Wirkungen auszuüben; es wäre Überspannung, sie den gleichen, hier versuchten Regeln zu unterwerfen. Das würde auch dem verantwortungsethischen Grundgedanken nicht gerecht.

3. Der Unterschied zwischen Behauptung und Wertung ist hier nicht erheblich. Beides kann geschmacklos sein. Die Bedeutung der hier versuchten Theorie läge gerade darin, daß sie auch reine Alleinstellungswertungen („Schönste“ usw.) erfassen könnte. Die Gesichtspunkte der inneren Unwahrhaftigkeit einer solchen Wertung könnten dabei eine Rolle spielen, wenn sich diese in besonders aufdringlicher Weise manifestiert.

Beispiel 70:

„Für höchste Ansprüche . . . X, der unverwüstliche . . . X, der unvergleichliche. Auto fahren viele, X fahren anspruchsvolle . . .“

Hier liegt die Sittenwidrigkeit in der unsachlichen und unangebrachten Arroganz der Werbung; der Text der ganzen Anzeige war im gleichen Stil abgefaßt. Es handelt sich um lauter Alleinstellungswertungen. Sie sind nicht wahrhaftig, denn auch den Verantwortlichen des werbenden Unternehmens kann es nicht verborgen geblieben sein, daß es viele Automarken gibt, die gleiche Ansprüche befriedigen wie ihre Marke. Einen ästhetischen minderwertigen Inhalt hat

Beispiel 71:

Der Beklagte erklärte in seiner Werbeschrift unter anderem: seine Präservative seien „zweifach, dreifach imprägniert, garantierten hundertprozentige Zuverlässigkeit, seien die einzigen, die Sicherheit böten, seien völlig konkurrenzlos, hätten die gewöhnlichen vom Markt verdrängt, es gäbe keinen Ersatz für sie, sie seien neuartig, es handele sich um eine ganz neue Erfindung“.

³⁰⁴ Zum Begriff vgl. oben, Kap. 10, IX.

Da sollte man nicht mehr jede einzelne Werbebehauptung mühsam auf ihren Wahrheitsgehalt untersuchen, wie es das RG³⁰⁵ tut.

4. (Alleinstellung, Superlative). Die hier vertretene Ansicht ist hier auf Alleinstellungswerbungen nicht zu beschränken. Sie ist hier aus zwei Gründen eingefügt worden:

a) Einmal ist sie ein typischer Verbotsgrund für Alleinstellungen. Denn gerade die Alleinstellung, insbesondere die Alleinstellungswerbung, kommt in den extrem geschmacklosen Reklamen häufig vor. Freilich wirken die dann verwendeten Superlative manchmal nicht als echte Alleinstellungen.

b) Gerade darin liegt der zweite Grund für eine Einschaltung der Lehre von der unsittlichen Marktschreierei in dieser Arbeit: indem gezeigt wird, welches weitere Ventil für den allgemeinen unkontrollierten Groll gegen die „bedenklichen Superlative“ noch geöffnet werden kann, soll der alte Bestand an dogmatischen Formen gereinigt werden. Im Bestreben, den unerwünschten Superlativ zu treffen, sind Rechtsprechung und Lehre bislang oft den Weg gegangen, Bezugnahmen zu konstruieren, die kein Verbraucher wirklich erkannt hätte, um so einen Vergleich annehmen zu können; oder es wurde erklärt, eine Werbung wirke als Alleinstellungsbehauptung und sei als solche unrichtig — obgleich der Gedanke an eine solche Werbewirkung fern lag.

5. Der Gedanke wäre natürlich unbrauchbar, wenn sich nicht ein festerer Maßstab dafür gewinnen ließe, was als besonders geschmacklos zu gelten habe.

Geschmacklos im Sinne dieser Theorie ist nur der Sinn einer Reklame, nicht also deren Form. Wer in Distichen, umrahmt von schlechtgezeichneten Gründerstilornamenten seine Waren anpreisen will, mag der Lächerlichkeit anheimfallen.

Nur die ärgsten Verstöße sind zu ächten, denn das Recht muß mit seinen Mitteln haushalten. Den festeren Maßstab gibt uns die Idee vom Werbeniveau. Es ist auszugehen von der durchschnittlichen Geschmackshöhe der Reklame in Deutschland zur Zeit der Urteilsfindung. Hier ist Raum für die eigene Sachkenntnis des Richters, da er, besonders in einer Spezialkammer, den Finger am Puls des Werbelebens halten kann. Hier lassen sich auch allgemeine Erfahrungssätze bilden. Die Reklame ist längst zu einem von ausgebildeten Fachleuten betriebenen Kunsthandwerk geworden, das seine festen Regeln hat, die in Lehrbüchern niedergelegt sind. Die Werbefachleute haben sich auf ihren Beruf nach ihnen vorbereitet. Man wird aus ihnen und der lebendigen eigenen Anschauung also erkennen können, wie hoch das Niveau der Werbung ist.

³⁰⁵ v. 8. 5. 31, MUW 31, 383.

Man wird aus eigener Erfahrung sagen können, daß die Werbung, so-
weit sie sich mit den Leistungen überhaupt eingehender befaßt³⁰⁶, dies
in einer sachlichen Form zu tun pflegen. Denn nur durch solche Sachlich-
keit und Wahrhaftigkeit ist das Vertrauen des Umworbenen in eine
positive Aussage über einen Sachverhalt zu gewinnen; Vertrauen zu ge-
winnen ist das erste Ziel der Werbung³⁰⁷. „Die Werbung mit dem Holz-
hammer verliert an Bedeutung, je raffinierter und komplizierter der
Verbrauch wird. Der informierende, unauffällige Typ der Werbung ge-
winnt entsprechend³⁰⁸.“ Der übertreibende Text entwertet sich selbst³⁰⁹,
nicht deshalb, weil sich die Werbung nur an den Verstand richtet; sie
will im Gegenteil gerade die Primitivperson in ihm ansprechen³¹⁰. Aber
gerade das ist — über das Vertrauen — mit erkennbaren unwah-
ren und geschmacklosen Übertreibungen nicht möglich. Wir sehen also,
daß das heutige Werbeleben nach einem ruhigen, überzeugenden, sach-
lichen Ton und — bei aller „Unsachlichkeit“ (Mangel an echter Sachauf-
klärung) — einer ehrlichen Gesinnung nachstrebt³¹¹. Man vergleiche Ent-
scheidungen der dreißiger Jahre: Dort wimmelt es von Beschimpfungen,
grober Kraftmeierei und vergleichenden Hinweisen.

Hat man sich so ein Bild von dem Niveau des Werbelebens gemacht, so
wird es nicht schwer fallen, zu erklären, ob eine Werbung erheblich
unter diesem Niveau liegt. Bei den oben gebrachten Beispielfällen
scheint dies wohl der Fall zu sein. Eine Unsicherheit ist durch die hier
vertretene Ansicht nicht zu befürchten. Damit läßt sich zusammenfassend
sagen:

Eine Reklame ist sittenwidrig und daher bei Vorliegen der übrigen Tat-
bestandsmerkmale des § 1 UWG rechtswidrig, wenn sie in bezug auf
ihren Sinngehalt erheblich geschmackloser ist als dies nach dem Durch-
schnittsniveau der Reklame zur Zeit der angegriffenen Werbemaßnah-
men üblich ist. Wir nennen diese Art von Reklame mit einem Schlag-
wort „sittenwidrige Marktschreierei“³¹².

³⁰⁶ Bekanntlich ist diese sich an die Vernunft wendende Seite der Werbung
nicht die einzige oder überwiegende, vgl. oben, Kap. 7, III und 4, III.

³⁰⁷ Seyffert, Wirtschaftliche Werbelehre, 4. Aufl., Wiesbaden o. J. (1952),
S. 18, Hundhausen, Wesen und Formen der Werbung, Essen o. J., S. 102,
Venohr, Werbliche Psychologie, Berlin 1954, S. 85 ff.

³⁰⁸ Herbert Gross, zitiert bei Mellerowicz, in „Die geistige Situation der
Werbeberufe in unserer Zeit, Vorträge, gehalten auf der Bundestagung BDW
1956“ S. 89.

³⁰⁹ Schmidt, Werbende Texte, Berlin 1953, S. 56 f. Venohr, a. a. O., v. Holz-
schuher, Psychologische Grundlagen der Werbung, Essen 1954, S. 45.

³¹⁰ Vgl. v. Holzschuher, a. a. O., passim.

³¹¹ Damit soll nicht gesagt werden, daß es statistisch weniger werberecht-
liche Verstöße gäbe; wenn dies nicht richtig sein sollte, so deshalb, weil dem
Anstieg der internen Berufsmoral auch die Anforderungen der Gerichte wuch-
sen; hier geht es nur um eine allgemeine Kennzeichnung des Werbeklimas.

³¹² Vgl. schon Kohler, S. 155: „Nicht unter der propagandistischen Reklame
an sich leidet die Würde des Geschäftes, sie leidet durch Marktschreierei, sie

6. Im *Prozeß*, den jeder Gewerbetreibende der Branche (§ 13 Abs. 1 UWG) beginnen kann, soweit er Unterlassung begehrt, ist das allgemeine Werbeniveau demnach klagebegründende Tatsache. Es wird in der Regel gerichtsbekannt sein und fußt weitgehend auf Erfahrungssätzen, die auch nicht eigens in der Klage aufgeführt zu werden brauchen. Der Kläger wird sich daher in der Regel darauf beschränken können, den Text der beanstandeten Reklame und die speziellen Anspruchsvoraussetzungen nachzuweisen.

leidet durch Geschmacklosigkeit und Unschönheit der Reklame, sie leidet unter der Unehrllichkeit der Reklame: Geschmack, Schönheit und Ehrlichkeit müssen die Devise der Reklame sein.“ s. auch Punkt 3 der wettbewerbsrechtlichen Leitsätze des deutschen Einzelhandels“ (Vgl. dazu oben, Kap. 5, III): „Gebrauche in der Werbung keine Übertreibung, die der Kunde doch nicht ernst nimmt. Er hielte dich sonst leicht in allen Deinen Angaben für einen Aufschneider.“ Offenbar auch v. Godin-Hoth, Anm. 19 (a. A.) zu § 1 UWG; der Österreichische OGH erklärt in seinem Urteil vom 21. 11. 1956, zitiert bei GRUR/AIT 57, 313, „grobe Beschimpfungen ohne Rücksicht auf ihren Wahrheitsgehalt“ für sittenwidrig.

Dritter Hauptteil

Rechtfertigungsgründe

Kap. 31: Grenzen und Einteilung der Untersuchung

I. *Grenzen*. Die vorliegende Arbeit befaßt sich nur mit den Grenzen der Rechtmäßigkeit der Alleinstellung; folglich sind hier nur die eigentlichen *Rechtfertigungsgründe* hier zu behandeln. Anders geht zum Beispiel Reimer vor¹, der vom Prozeß ausgeht und sämtliche „Abwehrmaßnahmen des Beklagten“ zusammenfaßt; dazu gehören dann auch der Einwand der Genehmigung, der Verjährung, der Verwirkung, beim Vergleich der Berufung auf die Anfrage des Kunden. Die Verwirkung beseitigt jedoch nicht die Rechtswidrigkeit; sie ist ein subjektiver Ausschlussgrund für den Einzelanspruch; sie vernichtet den Anspruch desjenigen, in dessen Person sie eintritt². Ähnliches gilt für die stillschweigende Genehmigung³.

Die Verjährung ist eine rechtsvernichtende Einrede; die Anfrage des Kunden macht den Vergleich sozialadäquat; die soziale Adäquanz aber ist kein Rechtfertigungsgrund, sondern im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB ein Rechtspflichtmerkmal; die Handlung wird erst rechtswidrig, wenn die soziale Adäquanz fehlt. Im Rahmen des § 1 UWG beseitigt die soziale Adäquanz den Tatbestand⁴; die Anwendung des § 3 und § 14 UWG läßt der sozialen Adäquanz keinen Raum mehr, weil hier ganz bestimmte Lebenssachverhalte verboten sind, die ihrer Natur nie sozialadäquant sein können⁵. Als Rechtfertigungsgrund scheidet sie also jedenfalls aus.

¹ In Kap. 113.

² Vgl. Schramm, Grundlagen, S. 339.

³ Sie könnte auch da nicht rechtfertigend wirken, wo nur einer, der Genehmigende verletzt wird; dies ist bei unseren Fällen wohl nur beim Vergleich der Fall, der nur auf einen Mitbewerber paßt (und bei einer Anschwärzung gleicher Art, vgl. oben Bsp. 40 und 55); bei der nicht öffentlichen Werbelüge (oben, Kap. 14, V) sind zwar auch nur die Unternehmen der betroffenen Konkurrenten geschützt; diese werden aber fast nie alle „genehmigen“. Aber auch in solchen Ausnahmefällen würde eine nachträgliche Genehmigung die Rechtswidrigkeit nicht beseitigen, sie kann den Charakter der abgeschlossenen Tathandlung nicht mehr beeinflussen; anders läge es bei einer „Einwilligung“, welcher Fall aber wohl nicht praktisch ist.

⁴ Oben, Kap. 9, IV.

⁵ Freilich könnte man zunächst auf den Gedanken kommen, eine solche sozialadäquate unrichtige Werbung sei eine „marktschreierische Übertreibung“ (nicht zu verwechseln mit der „sittenwidrigen Marktschreierei“, vgl. vielmehr Kap. 17, I). Aber ob etwas unrichtig im Sinne des § 3 UWG ist, hängt davon

Als solche bleiben: die Notwehr und das Prinzip des richtigen Mittels zum übergeordneten Zweck, hier insbesondere: zur Unterrichtung und zur Verdeutlichung eines technischen Fortschrittes, zur Durchbrechung eines Kartells.

Die übrigen Rechtfertigungsgründe des bürgerlichen Rechts — aggressiver (§ 904 BGB) und defensiver (§ 228 BGB) Notstand — können im Rahmen unserer Untersuchung unberücksichtigt bleiben, denn sie rechtfertigen nur einen Eingriff in Sachen⁶. Der aus dem Strafrecht in das Zivilrecht übernommene⁷ „übersetzliche Notstand“ ist nur ein Unterfall des Prinzips des richtigen Mittels zum übergeordneten Zweck, wie unten Kap. 36 noch näher darzulegen sein wird.

II. Einteilung

1. Es gibt allgemeine und besondere (werberechtliche) Rechtfertigungsgründe. Ein Beispiel für das erstere ist die Notwehr; für das letztere der Vergleich des Kartellbrechers.

2. Es gibt Rechtfertigungsgründe, die dem Schutz individueller und solcher, die dem Schutz von Rechtsgütern der Allgemeinheit dienen. Ein Beispiel für ersteres ist die Notwehr; das Prinzip des rechten Mittels zum übergeordneten Zweck kann seiner Natur nach beiderlei Rechtsgüter fördern. Im wesentlichen dient es, jedenfalls in seinen hier auftretenden Spielarten, auch und vorwiegend den Interessen der Allgemeinheit.

Kap. 32: Methodische Vorfrage

I. Einheitliche Methode? Es ist möglich, daß für die Untersuchung der Rechtfertigungsgründe und ihres Umfangs andere Methoden angewendet werden müssen als für die Frage, ob jemand gegen die guten Sitten verstößt. Denn diese Problemstellung ist in der Rechtsordnung die Ausnahme und muß daher nicht notwendig mit den sonst in der Rechtswissenschaft üblichen Methoden gelöst werden. Wenn aber das aus dem Sittenverstoß folgende Verbot bereits feststeht, unterscheidet sich die Frage, wann es aus Sondergründen seine Wirksamkeit verlieren müsse, in nichts von der Situation bei anderen deliktischen Verböten und deren Rechtfertigung.

II. Welche Methode? Wieder bieten sich vor allem die Interessenjurisprudenz, die teleologische Denkweise und das kausale Rechtsdenken als

ab, wie es die Umworbenen verstehen; wenn diese die Übertreibung erkennen, fehlt also schon dieses Tatbestandsmerkmal, ohne daß man noch auf die soziale Adäquanz zurückgreifen müßte.

⁶ Eine analoge Anwendung dieser Bestimmung — vgl. Ballerstedt, JZ 51, 228 — ist nicht möglich.

⁷ OLG Freiburg, v. 26. 10. 50, JZ 51, 223; ob der Gesichtspunkt im dort entscheidenden Falle paßt, wird in der Anmerkung von Ballerstedt mit guten Gründen bestritten.

die drei bedeutendsten aktuellen Lösungsmöglichkeiten mit der größten Überzeugungskraft an. Für die Lage der Rechtfertigung beim Delikt scheint die im Strafrecht vorherrschende⁸ teleologische Betrachtungsweise am ehesten angepaßt zu sein. Rechtfertigungsgründe sind typisierte Entscheidungen im Konflikt widerstreitender Rechtsgüter; diese sind keine Interessen im engeren Sinne; sie stehen zum großen Teil der Allgemeinheit zu, sind also soziale Rechtsgüter; die Schwierigkeiten, die beim Widerstreit sozialer mit individuellen Rechtsgütern für die Wertung zwischen beiden entstehen, hat Hegler⁹ geschildert; ein allgemeiner Grundsatz, welches Interesse höher zu bewerten sei, läßt sich nicht finden, wenn man die Interessenjurisprudenz zugrundelegt; vielmehr gilt es aus dem Rechtssystem und dem mit dem Erlaubnissatz verfolgten Zweck herauszufinden, wie weit er reicht; das gleiche gilt für die Entwicklung neuer Rechtfertigungsgründe; auch hier ist vom Zweck der Rechtsordnung als dem Schutz von Rechtsgütern auszugehen; gerade hier, bei der schöpferischen, also notwendig zweckgerichteten, Auslegung, scheint eine Methode, die das statische Element der Untersuchung der geschützten Rechtsgüter mit dem dynamischen der Zweckforschung verbindet, besonders überlegen gegenüber der nur statischen Fragestellung nach den jeweils geschützten Interessen. Die teleologische Betrachtungsweise erlaubt in weit stärkerem Maße, nicht nur vom Zweck der Einzelnorm (die als Kollisionsentscheidung über Interessen für die Interessenjurisprudenz im Vordergrund stehen muß), sondern auch vom Zweck der gesamten Rechtsordnung auszugehen. Dies wird unten in Kap. 36, IV, 2 fruchtbar werden, wenn aus dem Zweck des gesamten Kartellrechts die Zulässigkeit des Vergleichs des Kartellbrechers gefolgert werden wird¹⁰.

⁸ Oben, Anm. 55 zum ersten Hauptteil.

⁹ ZStW 36, 21.

¹⁰ In Hubmanns Aufsatz „Naturrecht und Rechtsgefühl“ (AcP 153, 297 ff.) heißt es: „Alles menschliche Handeln ist von Zwecken bestimmt, die an einem Sinn- und Wertvollen ausgerichtet sind... Das Streben nach Dingen, die subjektiv als wertvoll empfunden werden, faßt die Jurisprudenz in dem Ausdruck ‚Interessen‘ zusammen. Im menschlichen Zusammenleben geraten die Interessen einzelner in Konflikt; jeder wird hier zunächst das eigene für vorranglicher, für wichtiger halten und versuchen, das des anderen zurückzudrängen. Das Recht hat nun die schwierige Aufgabe, diesen Konflikt zu entscheiden.“ Die Methode der Interessenjurisprudenz scheint danach, nach Anerkennung der modernen Wertphilosophie, zu der sich auch der Verfasser bekennt, für den Juristen vorgegeben. Auf dieser Ansicht fußt auch Hubmanns Aufsatz „Grundsätze der Interessenabwägung“ (AcP 155, 85 ff.). Dem ist zu entgegnen: Zwar wurzeln die Werte im Wertbewußtsein des Einzelmenschen (N. Hartmann, Ethik, 2. Aufl., S. 39 f.), aber apriorisch und abstrakt, die Werte sind „inhaltlich-materiell-objektive Gebilde“ (N. Hartmann, a. a. O., S. 106). Wenn der einzelne ein Ziel ins Auge faßt, gibt er dadurch seinem Handeln zwar eine finale Steuerung, muß dadurch aber einen Wert noch nicht einmal verwirklichen *wollen*; wenn er es will, könnte er sich aber über die Frage irren, ob es wertvoll ist (über den Wert selbst kann er sich nicht irren, nur

**Kap. 33: Systematische Vorfrage:
Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Rechtfertigungsgrund
bei den auf der Sittenordnung aufbauenden Generalklauseln**

I. Das Problem. Die Moral muß ein System der Ausnahme-Erlaubnis-sätze entwickeln, welches dem der Rechtfertigungsgründe des Rechtes ähnelt, in vielem sogar voll entspricht. Eine Handlung, der ein Rechtfertigungsgrund zur Seite steht, ist deshalb meist auch nach der Anschauung aller billig und gerecht Denkenden nicht erst sittenwidrig. Man könnte daraus schließen, daß sie den Tatbestand einer gesetzlichen Bestimmung, die einen Sittenverstoß nach ihrem Tatbestand erfordert, schon nicht erfüllt. Im technischen Sinne läge mithin insoweit kein Rechtfertigungsgrund vor, und unsere Darstellung ginge, was die Verstöße gegen § 1 UWG anlangt, von einer falschen Systematik aus. Klarzustellen ist noch, daß hiermit nicht die Frage verwechselt werden darf, ob für § 1 UWG die allgemeinen oder besonders zu entwickelnden Rechtfertigungsgründe gelten¹¹. Hier geht es nur um die Vorfrage, auf welche Weise die zur Erlaubtheit führende Ausnahmesituation berücksichtigt werden muß.

II. Bisherige Antworten. Das Problem wird weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung zu § 1 UWG klar herausgestellt. Die Stellungnahme wird jeweils stillschweigend vorausgesetzt. Sie läßt sich daher meist nur aus einzelnen Wendungen der Urteile oder aus der systematischen Stellung der Erörterung in den literarischen Darstellungen herauslesen. So muß derjenige, der sich wegen der Notwehr auf § 227 BGB als Rechtfertigungsgrund beruft, der Ansicht sein, daß die Rechtfertigungsgründe getrennt vom Tatbestand zu prüfen seien. So das Reichsgericht in einer älteren Entscheidung¹². Später hatte es häufig Gelegenheit, sich mit dem „Abwehr“-Einwand insbesondere bei der persönlichen Reklame, zu beschäftigen, so daß hierbei seine Stellungnahme besonders gut nachgeprüft werden kann. Dabei ist zu beachten, daß zunächst un-

über die Einordnung seines Handelns, N. Hartmann, a. a. O., S. 141). Die „Interessen“ der einzelnen sind also nicht notwendig wertverbunden, Hubmanns Verknüpfung von Wertphilosophie und Interessenjurisprudenz entbehrt demnach dieser ihrer Grundlage. In Wirklichkeit gibt es keine schärferen Gegensätze: richtig verstanden ist die Interessenjurisprudenz eine in einem höheren Sinne positivistische Anschauung, denn sie untersucht rein soziologisch vorgegebene Fakten (Fechner, Rechtsphilosophie, Tübingen 1956, S. 92). Bei der Vollziehung einer wertenden Entscheidung im sozialen Raum sehe ich aber natürlicherweise nicht Interessen, sondern forme diese schon in meiner Vorstellung unwillkürlich normativ um, eben zu „Rechtsgütern“. Die Wertstruktur hat für die Erfahrung konstitutive Bedeutung, ein Vorgang, der für andere Gebiete vor allem von Husserl untersucht worden ist und für die Entscheidung menschlicher Konflikte am Wert der Gerechtigkeit besonders zu gelten hat.

¹¹ Vgl. den Streit um „Abwehr“ oder „Notwehr“, s. dazu das folgende Kapitel.

¹² v. 6. 5. 15, JW 15, 913 ff. (915).

deutliche Formulierungen¹³ gebracht werden, bis das RG in zwei Urteilen aus dem Jahre 1936 die sonst rechtfertigende Ausnahmesituation schon im Tatbestand prüft¹⁴.

Die Stellungnahme der Schriftsteller ist nicht immer klar. Reimer behandelt¹⁵ zum Beispiel die Notwehr unter den „Einwänden des Beklagten“ zusammen mit der Handelsüblichkeit und der Verjährung und Verwirkung. Daß er für sie die Voraussetzungen des § 227 BGB unverändert gelten lassen will, sagt noch nichts, denn es ist nicht klar, ob dies eine unmittelbare oder entsprechende Anwendung der Merkmale dieser Vorschrift bedeuten soll. Ähnlich D. Reimer¹⁶, der die „Ausnahmefälle der vergleichenden Reklame“ zusammenfaßt; Formulierungen bei Rosenthal¹⁷ lassen darauf schließen, daß dieser Schriftsteller die Notwehrsituation innerhalb des Tatbestandes geprüft wissen will. Die übrige Literatur steht offenbar auf dem Standpunkt (soweit ein solcher überhaupt erkennbar ist), daß die Ausnahmelagen wie sonst einen Rechtfertigungsgrund erzeugen¹⁸; des dabei entstehenden Problems scheint sich freilich nur v. Godin in v. G-H¹⁹ bewußt zu sein; er löst es, indem er von einer „formellen (objektiven) Rechtswidrigkeit“ spricht; das soll heißen, daß es für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit nur auf den „abstrakten“ Tatbestand ankommt, während die Rechtfertigungsgründe gesondert und später zu prüfen seien²⁰; das ist freilich keine Begründung, sondern eine Paraphrase der ursprünglichen Fragestellung (*petitio principii*).

III. Stellungnahme

1. Eine alte, inzwischen freilich fast überwundene Lehre²¹ meint, daß die Sittenwidrigkeit einer Handlung, vor allem im Rahmen des § 826 BGB keine Rechtswidrigkeit der Handlung, sondern nur eine Schadenersatzpflicht für die Handlung begründe. Wenn dies richtig wäre, könnte es auch keine Rechtfertigungsgründe im technischen Sinne geben; die Frage

¹³ z. B. das Urteil v. 11. 10. 32, GRUR 32, 1202: „Ausnahmsweise berechtigt“ — offenbar als Rechtfertigungsgrund?

¹⁴ Urteil v. 10. 1. 36, GRUR 36, 982 ff. (985): „Nimmt den Makel“ v. 25. 9. 36, GRUR 37, 237 ff. (239): „Mit den Anschauungen vereinbar“; später noch RG v. 20. 7. 38, GRUR 39, 72 ff. (78): „Es kann nicht als sittenwidrig angesehen werden, wenn...“

¹⁵ Kap. 113.

¹⁶ S. 126.

¹⁷ Note 30 zu § 1 UWG.

¹⁸ z. B. Tetzner, S. 32, Callmann, S. 52, B-H, Einführung, Randnote 197.

¹⁹ Anm. 6 zu § 1 UWG.

²⁰ Der Sinn der Formulierungen, die in diesem Zusammenhang gebracht werden, hat sich freilich dem Verfasser nicht immer voll erschlossen (Rechtswidrigkeit als „normatives, rein objektives Tatbestandsmerkmal“).

²¹ z. B. Oertmann, z. B. im Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl., Berlin 1929, Anm. 1 zu § 826 BGB, mit Nachweisen.

wäre ohne weiteres zugunsten des Ausschlusses des Tatbestandes entschieden.

Nun ist die Anwendung dieser vor allem für § 826 BGB entwickelten Lehre auf § 1 UWG schon deshalb erschwert, weil hier ausdrücklich ein weiteres Merkmal für die objektive Rechtswidrigkeit der Handlung vorgesehen ist; zwingend ist dieser Gesichtspunkt freilich nicht, aber als Indiz kann er gewertet werden; im übrigen ist auf die Grundanschauungen des Verfassers zurückzugehen. Für die Gemeinschaft ist es nicht nur unerträglich, daß sittenwidrige Handlungen einen dritten *schädigen*, sondern auch, daß sie überhaupt *vorkommen*; denn die Rechtsordnung bezweckt nicht nur einen Individualschutz, sondern die sittliche Reinhaltung des sozialen Lebens, gemessen an Mindestmaßstäben. Dies gilt insbesondere für das Werberecht mit seiner starken Betonung sozialer Rechtsgüter. Mindestens § 1 UWG muß also ein vollgültiges rechtliches Verbot enthalten, dessen Überschreitung auch rechtswidrig ist²²; für § 826 BGB mag die Frage hier offenbleiben.

2. Von hier aus ist kein Grund mehr ersichtlich, warum die §§ 1 UWG und 826 BGB anders als das übrige Deliktsrecht behandelt werden sollen, soweit es um die Rechtfertigung geht. Eine solche Unterscheidung würde eine nicht gerechtfertigte Durchbrechung des Systems bilden.

3. Wenn die rechtfertigenden Ausnahmelagen schon im Rahmen der ethischen Generalklausel geprüft werden, kann die Rechtsprechung aus dieser beliebige Erlaubnissätze entwickeln; schon die Systematik des BGB legt nahe, daß dies nicht der Wille des Gesetzgebers sein kann: offenbar sollten die Rechtfertigungsgründe auf wenige typisierte Sätze beschränkt bleiben; auch besteht kein Bedürfnis nach einer freieren, auf einer Generalklausel begründeten Rechtsprechung auf diesem Gebiet, denn die bisher entwickelten Ausnahmeprinzipien reichen aus, um jedem Sonderfall gerecht zu werden; die rechtfertigenden Sondersituationen sind typisch und der Zahl nach begrenzt; ein Bedürfnis nach ihrer Vermehrung (was nicht mit dem nach ihrer Fortbildung zu verwechseln ist) fehlt deshalb; was bleibt, ist das Bedürfnis nach Anpassung der Begriffe der Rechtfertigungsgründe an die besonderen Verhältnisse im Wettbewerbsrecht; hierzu reicht aber die Auslegung der allgemeinen Rechtfertigungsgründe aus, wie unten für das Beispiel der Notwehr erörtert werden wird.

4. Die Rechtfertigungsgründe des BGB gelten nur für das Zivilrecht; sie rechtfertigen nur Handlungen; also gelten sie nur gegenüber zivil-

²² Dies ist übrigens heute völlig herrschende Meinung, nicht nur für das Wettbewerbsrecht (vgl. dort nur B-H, Einführung, Randnote 198; Reimer, Kap. Randnote 2; Callmann, S. 45 f.), sondern auch im bürgerlichen Rechte, vgl. neben den schon von Oertmann zitierten noch Enneccerus-L., § 236, II, 4.

rechtlichen Normen, die ein bestimmtes Handeln verbieten; sie gelten ihrem Wesen nach nur für solche Handlungen, die ein fremdes Rechtsgut angreifen; also gelten sie nur für das Deliktsrecht²³.

Das Deliktsrecht hat eine einheitliche Wurzel, auch wenn es sich verschiedener gesetzestechnischer Durchführungsarten bedient; es dient auf der einen Seite stets dem Schutz der individuellen oder sozialen Rechtsgüter, auf der anderen stets der Verwirklichung objektiver Werte im sozialen Bereich; insoweit hat es ebenso wie die moralische Norm seine Wurzeln im Wertempfinden; die Erscheinungsform des letzteren nennt man einmal „Gewissen“, das anderemal „Rechtsgefühl“²⁴; auch die Rechtfertigungsgründe sind nichts anderes als normative Entscheidungen zwischen Wertantinomien²⁵. Wenn also auch die übrigen Verbote des Deliktsrechts Werte verwirklichen, so haben sie mit den Moralnormen die Wurzeln gemeinsam; für das Recht folgt hieraus, daß man diejenigen Verbote, die sich der Moralnormen unmittelbar bedienen, keine Sonderbehandlung für die Ausnahmesituationen nötig haben; denn wenn dem Erlaubnissatz etwa für Notwehr bei beiden Arten der Deliktsnorm die gleichen Wertentscheidungen zugrunde liegen, fehlt hierzu jeder Grund.

Nach allem muß angenommen werden, daß die allgemein geltenden Rechtfertigungsgründe auch für § 1 UWG ihren Charakter behalten und nicht schon die Tatbestandsmerkmale der Sittenwidrigkeit ausschließen; dieses hat also, um mit v. Godin zu sprechen²⁶, insoweit „abstrakten Charakter“ als es die rechtfertigenden Ausnahmelagen unberücksichtigt läßt.

Kap. 34: Die Notwehr und Nothilfe

I. „Notwehr“ oder „Abwehr“

1. Das Problem: Strittig ist, ob das Notwehrrecht, wie es in § 227 BGB niedergelegt ist, im Wettbewerbsrecht unmittelbar und ohne Abänderungen anwendbar ist oder nicht. Einige Schriftsteller glauben, die dort gefundene Regelung passe nicht ganz für die Verhältnisse im Wettbewerb; sie gehe einerseits zu weit, weil bei Notwehr im Sinne des § 227 BGB das Verteidigungsmittel außer Verhältnis zu der abzuwendenden Gefahr stehen dürfe, andererseits gehe § 227 BGB nicht weit genug, weil

²³ So verbietet § 138 BGB, einen unsittlichen Vertrag abzuschließen, ein solcher Vertrag wird durch „Notwehr“ oder aggressiven oder defensiven Notstand nicht gerechtfertigt. Beispiel: Verkauf eines Hausgrundstückes als Bordell, um durch den so erzielten Überpreis ein anderes Haus vor dem Verfall zu retten; Überwucherung eines Kunden, um durch den Mehrerlös eine Schuld einzutreiben, die dieser Kunde zu Unrecht, aber unwiderlegbar, bestreitet.

²⁴ Vgl. Hubmann, Naturrecht und Rechtsgefühl, AcP 153, 297 ff., insbes. 304—312 und 322 f.

²⁵ Hubmann, a. a. O., S. 316 f.

²⁶ Vgl. oben zu Anm. 9.

der Begriff des „Angriffs“ nicht alle Bedrohungen umfasse, gegen die sich ein Gewerbetreibender im Wettbewerbsleben zur Wehr setzen dürfe.

2. Die Lehrmeinungen: Diese Meinung findet sich zum erstenmal bei Rosenthal²⁷. Nach seiner Ansicht braucht der Angriff, gegen den sich der Täter verteidigt, nicht einmal rechtswidrig zu sein; hierzu kann Rosenthal nur gelangen, weil er ersichtlich — wie neuerdings Hefermehl²⁸ — davon ausgeht, daß „Abwehr“ schon den Tatbestand ausschließe. Eine eingehendere Begründung hat die „Abwehr“-Theorie durch Droste²⁹ gefunden, dem sich D. Reimer³⁰ anschließt. Die übrigen Schriftsteller³¹ wollen den allgemeinen Rechtfertigungsgrund des § 227 BGB ungeändert übernehmen; auf diesem Standpunkt stand auch das RG in mehreren Entscheidungen³². Soweit das RG die Frage der Abwehr im Tatbestand des § 1 UWG mit erörtert³³ ist freilich gar kein Raum für die hier interessierende Frage.

3. Kritik:

a) Die Abweichung von § 227 BGB ist *nicht notwendig*. Denn sowohl die Frage der Verhältnismäßigkeit des Verteidigungsmittels als auch die der Gegenwärtigkeit des Angriffs lassen sich durch die Auslegung dieser Vorschrift durchaus befriedigend lösen. Analogien ohne sachliche Notwendigkeit sind aber ein Unding³⁴.

b) Im übrigen kann es *methodisch* nicht angehen, daß man eine allgemeine Regel, die sich für einen Sachverhalt anbietet, nur deshalb nicht

²⁷ Note 30 zu § 1 UWG.

²⁸ Einl., Randnote 199 ff.

²⁹ WUW 54, 508, vor allem aus angeblich besonderen Notwendigkeiten des Wettbewerbsrechtes.

³⁰⁰ S. 127.

³¹ z. B., Reimer, Kap. 113, Randnote 2; Callmann, Randnote 21 zu § 1 UWG (zweifeln ds „zum mindesten aber der gesetzgeberische Gedanke“); Tetzner, 1. Aufl., S. 32; Köhne, MUW 32, 66; Reichel, JW 29, 1219, Abschn. 3.

³² v. 6. 5. 15, JW 15, 913 ff. (915); v. 11. 10. 32, GRUR 32 1202; v. 8. 11. 43, GRUR 44, 34 ff. (36).

³³ Vgl. oben Anm. 4.

³⁴ Dieser Einwand gälte nicht gegenüber dem von Rosenthal (Note 30 zu § 1 UWG) empfundenen Bedürfnis, auch eine Abwehr gegen nicht rechtswidrige „Angriffe“ zuzulassen; hier kann die Auslegung des § 227 BGB wirklich nicht mehr helfen. Diese Ansicht ist aber auch offensichtlich unhaltbar: woran könnte sich der „Abwehreinwand“ dann noch orientieren? Auch der Grundgedanke des § 227 BGB ist dann verlassen. Wie soll eine Abgrenzung zwischen nicht rechtswidrigen Angriffen und solchen Handlungen vorgenommen werden, die der Konkurrent hinnehmen muß? Der Rechtssicherheit müßte durch eine solche undeutliche Abgrenzung erheblich leiden. Im übrigen ist nicht einzusehen, warum ein Kaufmann im Geschäftsleben nicht alles tun darf, was ihm die ohnedies einschneidenden geltenden Vorschriften nicht verbieten (Art. 2 Abs. 1 GG). Die Beispiele Rosenthals zeigen denn auch, zu welchen unbilligen Ergebnissen seine Theorie führen würde; so darf nach seiner Meinung ein Preiskartell in Vernichtungsabsicht die Preise senken, um einen Außenseiter in die Knie zu zwingen; das billigere Angebot des Außenseiters wird als Angriff angesehen (vgl. dagegen RGZ 134, 342 ff.).

anwendet, weil sie im Einzelfall zu ungewollten Ergebnissen führe; dies ist vor allem dann undenkbar, wenn die angeblichen Unzuträglichkeiten bei jedem anderen von der allgemeinen Norm regelbaren Sachverhalt auftreten: wenn sie dann nicht allgemein befriedigend gelöst werden könnten, wäre dies als Entscheidung des Gesetzgebers hinzunehmen. So liegt der Fall hier bezüglich der „Verhältnismäßigkeit“; wenn dieses Problem nicht allgemein gelöst werden kann, warum soll es dann der Kaufmann, der lügenhaft wirbt, besser haben als das Kind, das Äpfel stiehlt, wenn der erstere nur durch einen Schuß ins Bein (des berühmten lahmen Gartenbesitzers) wirksam in ihre Schranken gewiesen werden können³⁵? Das gleiche gilt für die Gegenwärtigkeit des Angriffs³⁶. Daß ein Angriff durch Reklame viel länger und nachhaltiger wirkt als andere Handlungsformen, ist keine auf das Wettbewerbsleben beschränkte Erscheinung; sie taucht bei allen literarischen Schmähungen auf.

Auch für das Wettbewerbsrecht gilt daher das allgemeine Notwehrrecht; deshalb ist es unnötig, hier eine eigene Bezeichnung („Abwehr“) einzuführen.

II. Einzelheiten. Es ist zwischen allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Besonderheiten des Notwehrrechtes und solchen zu unterscheiden, die speziell für die Alleinstellungswerbung auftauchen.

1. Für das ganze Wettbewerbsrecht geltende Besonderheiten:

a) Rechtswidriger, gegenwärtiger Angriff: Jedenfalls darin sind sich alle Ansichten über die Natur des Notwehreinwandes im Wettbewerbsrecht einig, daß ein „Angriff“ vorliegen müsse. Dies ist eine menschliche Handlung, durch die einem Rechtsgut Schaden droht³⁷. Ein Angriff liegt auch in unwahrer Werbung³⁸ und zwar für diejenigen Geschäfte, denen dadurch Kunden entzogen werden können. Unrichtige Reklame eines Versandgeschäftes bedroht also nicht nur alle anderen Versandgeschäfte, sondern auch alle Einzelhändler, die die fragliche Ware führen. Unrichtige Werbung des Einzelhändlers in einem Großstadtvorort wird aber unter Umständen schon die Einzelhändler in der Stadtmitte nicht mehr beeinträchtigen. Kein Angriff ist die „sittenwidrige Marktschreierei“ (oben Kap. 30), wohl aber die unfundierte Alleinstellung, denn diese beeinträchtigt nicht nur Rechtsgüter der Allgemeinheit, son-

³⁵ So auch Reichel, JW 29, 1219, unter Ziffer 3.

³⁶ Rechtshistorisch gesehen hemmen solche systematische Loslösungen aus einer Augenblicksverlegenheit heraus den allgemeinen dogmatischen Fortschritt. Wenn die Frage der Verhältnismäßigkeit zwischen Verteidigung und Angriff im Wettbewerbsrecht wirklich immer wieder besonders brennend werden sollte, so würde diese ohne eine Sonderlösung immer wieder zur Besinnung aufrufen, ob die Verhältnismäßigkeit nicht doch allgemein mit im § 227 BGB enthalten sei.

³⁷ Welzel, 6. Aufl., S. 75.

³⁸ RG v. 20. 7. 38, GRUR 39, 72 ff. (78).

dern auch die Unternehmen der Konkurrenz. Der Angriff ist solange „gegenwärtig“, als noch ein Schaden für ein Rechtsgut möglich ist; auch wenn die initiiierende Handlung schon „beendet“ ist, muß also der Angriff noch nicht „vollendet“ sein. Dies ist im Strafrecht völlig unbestritten³⁹. Daher muß man auf eine Annonce erwidern können, solange sie noch eine Werbewirkung hat. Denn solange ist der Angriff noch unmittelbar wirksam. Diese Nachwirkung ist unter Umständen denkbar, nachdem die Werbung schon aus dem Verkehr gezogen ist⁴⁰. Hier ist also kein Anlaß zu finden, für das Wettbewerbsrecht einen eigenen „Abwehreinwand“ zu konstruieren.

b) Die *Verteidigungshandlung* muß objektiv geeignet sein, den Angriff zurückzuschlagen; subjektiv muß der Angegriffene den Willen zur Verteidigung haben⁴¹.

c) *Erforderlichkeit*: Die Notwendigkeit fehlt immer dann, wenn der Angegriffene sein Ziel mit gerichtlicher Hilfe wirksam erreichen kann⁴². Nur ist dies nicht so häufig der Fall als die Richter selbst annehmen möchten. Die Notwehr mittels Werbung, um die es sich hier ja allein handelt, wird sich meist wieder gegen Werbung richten: ein anderer typischer Fall ist der des beeinträchtigten Außenseiters gegen das Kartell. Im ersten Fall wird auch die einstweilige Verfügung schon zu spät kommen; der ungünstige Eindruck hat sich schon bei den Umworbenen festgesetzt. Neben diesem zeitlichen spielt noch ein psychologisches Moment mit: das Unterlassungsurteil kann den Eindruck nicht mehr verwischen, den eine unwahre oder vergleichende Werbung bis zum Verbot auf die Umworbenen gemacht hat. Grundsätzlich ist in diesen Fällen eine Gegenwerbung also erforderlich⁴³. Etwas anderes mag bei der anderen Fallgruppe, der Abwehr des Außenseiters gegen das Kartell, gelten: wenn es sich nicht um psychologische Einwirkungen auf die Kundschaft, sondern um unmittelbare Maßnahmen gegen ein einzelnes Unternehmen handelt, wirken gerichtliche Maßnahmen meist ebenso gut oder besser als Gegenreklame⁴⁴.

³⁹ Welzel, a. a. O., S. 76; Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, 8. Aufl., Anm. II, 3, b zu § 53 StGB; Maurach, Bd. 1, S. 280 m. Nachweisen.

⁴⁰ Vgl. BGH v. 12. 7. 57, GRUR 58, 86 ff. (88 rechts: „Ei fein — ei wie fein.“)

⁴¹ Vgl. dazu oben, Anm. 288, 289.

⁴² Als Grundsatz unbestritten, vgl. Callmann, Randnote 21 zu § 1 UWG, B-H, Einl. Randnote 200, Reimer, Kap. 113, Randnote 4, und die dortigen Nachweise, Tetzner, S. 33.

⁴³ Ebenso B-H, a. a. O.; Droste, WUW 54, 514; Tetzner, S. 72; RG v. 6. 5. 15, JW 15, 913 ff. (914).

⁴⁴ So RG im Urteil v. 25. 11. 32, GRUR 35, 249 ff. (251 r); der dortige Fall lag freilich in der Mitte; wäre die Preisunterbietung wirklich, wie der Kläger behauptete, ein rechtswidriger Angriff gewesen, so hätte sie auch einen erheblichen psychologischen Eindruck bei der Kundschaft hinterlassen, der mit einem Unterlassungsurteil nicht ausgelöscht worden wäre.

Allgemein anerkannt ist auch, daß der in der Notwehrstellung Werbende streng sachlich zu bleiben hat⁴⁵. Dieses Erfordernis wird freilich manchmal allzu formell aufgefaßt. Es geht dabei um einen Unterfall der mangelnden Erforderlichkeit der Abwehr. Wenn unsachliche Notwehr verboten ist, dann nur, weil in der Regel auch die sachliche zum Erfolg führen wird. Unter Umständen sind aber auch einmal kräftige Töne notwendig, besonders wenn der Angreifer seinerseits einen groß angelegten, eindringlichen Werbefeldzug begonnen hatte. Auch hier sind die Grundsätze der Werbepsychologie heranzuziehen; die Frage ist nicht, ob sich der Angegriffene streng sachlich, sondern ob er sich so verteidigen kann, daß bei ebenso viel Umworbenen, die die Werbung des Angreifers geglaubt hätten, der Eindruck entstehen könnte, dies sei unrichtig (oder vergleichend oder anschwärend oder unfundiert) gewesen. Unter diesen Umständen kann auch einmal der Ausdruck „Prahlerci“ am Platze sein⁴⁶.

d) Verhältnismäßigkeit: Mit Hubmann⁴⁷ ist der Verfasser der Ansicht, daß auch im Rahmen des Notwehrrechtes eine Güterabwägung notwendig sei. Das hiergegen oft gebrachte *argumentum e contrario* aus § 228 BGB ist, wie alle derartigen Beweisführungen, wenig überzeugend; im Gegenteil sollte es eher unmöglich erscheinen, daß ein Hund, der mit einem Stück Fleisch im Maul davonläuft, nicht erschossen werden darf, wohl aber ein Mensch, der das gleiche tut und anders nichts abzuhalten oder einzuholen ist. Der Unterschied zwischen beiden Fällen besteht nur darin, daß der Mensch möglicherweise einen freien Willen hat. Nun sollte eine Auslegungsregel aber immer auf alle denkbaren Fälle passen⁴⁸; der Angriff muß aber nur rechtswidrig, nicht aber schuldhaft sein, um die Notwehrbefugnis zu begründen. Diese kann also auch in Fällen gegeben sein, in denen der Angreifer gar keine Gelegenheit hatte, seinen freien Willen zu betätigen. Dabei ist gar nicht an die Fälle der Schuldunfähigkeit zu denken; gerade die Wettbewerbsverstöße geben ein weites Anschauungsfeld für rechtswidrige Eingriffe in fremde Rechtsgüter, die nicht voraussehbar sind, weil dem Täter die Rechtskenntnisse mangelten oder weil die Werbewirkung der Reklame nicht voraussehbar war. Ein tragender Grundsatz des Notwehrrechtes ist also, so gesehen, nicht

⁴⁵ Vgl. nur B-H, Reimer, Callmann, a. a. O., und die dortigen Nachweise.

⁴⁶ Ebenso RG v. 14. 1. 08, JW 08, 134. Auch im Falle des Urteils JW 15, 913 ff. waren harte Worte nötig, um sich mit Erfolg gegen einen Revolverjournalisten zu wehren. Auch dieses Urteil sticht wohlthuend gegen spätere zaghafte und puristische Erkenntnisse ab.

⁴⁷ AcP 153, 297 ff. (317) unter Hinweis auf Mezger, Strafrecht, ein Studienbuch, I. (3. Aufl. 1951) S. 98, Schönke, Strafgesetzbuch, 6. Aufl., 1952), Anm. IV, 2, b zu § 53 StGB. Soergel-Siebert, Anm. 2 b zu § 227 BGB. Ferner: die Vorinstanz des OLG Braunschweig in dessen Urteil vom 11. 4. 47, MDR 47, 206 f.; Enneccerus-N., § 240, II, 4; insbes. und grundlegend aber Schaffstein, MDR 52, 132 ff.

⁴⁸ Zu vgl. § 1 Abs. 2 Schweizer ZGB: nach der Regel, die der Richter als Gesetzgeber aufstellen würde.

das Schuldprinzip, sondern das Veranlassungsprinzip⁴⁹, welches, als eines der schwächsten Zuordnungsgründe für menschliches Verhalten, notwendig eine Einschränkung durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nötig hat. Eine andere Wurzel des Rechtfertigungsgrundes der Notwehr liegt in der Güterabwägung. Das Gesetz, das zwischen einer Vielzahl verschiedener Güter in allen möglichen Konfliktsituationen mit Gütern des Angreifers zu entscheiden hat, kann nicht allein aus der Angriffslage schließen, daß das angegriffene Gut unter allen Umständen schutzwürdiger bleibe. —

Mit Hubmann (a. a. O.) finden wir einen weiteren Grund unserer Ansicht in der gemeinsamen Wurzel von Sitte und Recht, in dem Empfinden für objektive Werte. Jede Angriffslage ist eine Wertantinomie. In der Regel ist sie dadurch zu lösen, daß das angegriffene Gut schützenswerter ist; dem entspricht die Grundsatzentscheidung des Gesetzes; Ausnahmefälle können jedoch auch eine andere Entscheidung heischen; für solche Fälle muß eine Ausnahmelösung möglich sein; sie besteht in einer negativ gefaßten Verhältnismäßigkeitsklausel; der durch die Verteidigung angerichtete Schaden darf nicht außer Verhältnis zu dem durch den Angreifer drohenden Schaden stehen.

Dieses Erfordernis ist sehr wohl mit dem Wortlaut des § 227 BGB zu vereinbaren; man muß nur erkennen, daß das Tatbestandsmerkmal „erforderlich“ nicht nur eine faktische, sondern auch eine normative Seite hat. Erforderlich heißt auch „sittlich erforderlich“: Notwehr ist diejenige Verteidigung, die gegen einen Angriff erforderlich ist und erforderlich *sein darf*. Die weniger einschränkende, auf § 242 oder § 826 BGB gestützte Lehre, daß die Verteidigung ganz besonders geringwertiger Güter mit ganz besonders strengen Mitteln sittenwidrig sein können und dann rechtswidrig bleibe⁵⁰, muß nach der hier vertretenen Lehre nicht mehr angewandt werden.

e) Nothilfe: Ein Kaufmann, der einen Konkurrenten durch Reklame bekämpft, kann sich nicht darauf berufen, daß er einen dritten Kaufmann vor einem rechtswidrigen Angriff schützen wollte. Darin liegt aber nicht etwa eine wettbewerbsrechtliche Ausnahme der Art, die dazu nötigte, sich für dieses Teilgebiet von der Bestimmung des § 227 BGB zu lösen. Denn daraus, daß der Verletzte selbst nichts unternimmt, wird regelmäßig geschlossen werden können, daß er selbst den Angriff nicht abwehren will. Dann hat auch der Dritte kein Recht, ihm seine Hilfe aufzudrängen⁵¹. Auch wird in solchen Fällen meist kein echter Ver-

⁴⁹ Vgl. dazu Hubmann, AcP 155, 120 ff., insbes. 123.

⁵⁰ Wobei auf eine Ausnahme zugunsten des Angegriffenen eine weitere Ausnahme zugunsten des Angreifers aufgesteckt würde („exceptio doli“). siehe OLG Stuttgart, SJZ 48, 400, Lehmann, Allgemeiner Teil des BGB, 7. Aufl., Berlin 1952, S. 107, Nagler in LK Anm. II, 3 zu § 53 StGB.

⁵¹ BGH v. 2. 10. 53, BGHSt. 5, 245 ff. (248).

teidigungswille vorliegen, sondern nur der Wille, dem anderen zu schaden. Überdies ist durch die Reklame eines Dritten die Verteidigung eines Angegriffenen meist nicht mehr möglich, weil das Publikum eine Reklame zugunsten eines anderen wohl instinktiv als einen Widerspruch in sich selbst empfinden dürfte und daher nicht beachten wird; es fehlt ihr also an der Werbewirksamkeit. Dann ist sie auch nicht „erforderlich“ im Sinne des § 227 BGB. Dagegen könnten etwa Verbände zugunsten eines ihrer Mitglieder oder Konsumentenverbände im Rahmen ihrer Aufklärungsarbeit zugunsten eines Unternehmens berichtigend oder aufklärend eingreifen.

Nothilfe zugunsten von Rechtsgütern der Allgemeinheit ist nach herrschender und richtiger Meinung⁵² nicht möglich; der Werbende kann sich also etwa für eine persönliche Kritik, die sich gegen eine „sittenwidrige Marktschreierei“ wendet (in der regelmäßig kein Angriff gegen ihn liegt, vgl. oben, a), nicht auf „Nothilfe“ berufen. Eine andere Frage ist, ob in besonderen Ausnahmefällen der Gesichtspunkt des rechten Mittels zum übergeordneten Zweck eingreift.

2. Nicht alle Arten an sich verbotener Alleinstellungswerbung lassen sich durch Notwehr rechtfertigen; dies gilt vor allem für die unrichtige Werbung, die zu einer Verteidigung nie notwendig ist. Herkömmlicherweise wird dieses Ergebnis damit begründet, daß ein Eingriff in Rechtsgüter Dritter im Rahmen an sich berechtigter Notwehr nicht zulässig sei⁵³. Dieser Gesichtspunkt trifft für den Fall der „Notwehr“ durch eine Werbelüge ausnahmsweise zu; er gilt aber nicht regelmäßig. Nur eine Güterabwägung kann uns hier weiterhelfen. Natürlich kann das Verteidigungsbedürfnis des einzelnen zugunsten seines Gewerbebetriebes nie das Interesse der Allgemeinheit an einer richtigen Unterrichtung überwinden. Anders aber bei der unfundierten Alleinstellungswerbung. Wenn jemand sich öffentlich und zu Unrecht des „größten Umsatzes der Branche“ berühmt, muß derjenige, der mit guten Gründen seinerseits diesen größten Umsatz zu haben glaubt, sofort entgegentreten können; ausnahmsweise muß er auch nicht sofort den Beweis für seine Behauptung parat haben. Denn er hätte sie ja nicht gebracht, wenn ihn ein anderer nicht herausgefordert hätte. Der Angreifer vernachlässigt hier den Wert der Sorge für das Gemeinwohl (in der Erscheinungsform des Interesses an einer aufrichtigen Werbung) und den Wert der Wahr-

⁵² BGB, a. a. O., S. 247, mit Nachw.; näheres s. unten, Kap. 36.

⁵³ Nach herrschender Meinung darf man in einer Notwehrlage nie in fremde Rechtsgüter eingreifen, vgl. B-H, Allg., Randnote 247, mit Nachw. aus der Rechtsprechung des RG; für das Zivilrecht vgl. Erman-Groepper, Anm. 5, Soergel-Siebert, Anm. 2 e (mit Nachw. aus dem Strafrecht); Staudinger-Coing, Randnote 8, je zu § 227 BGB; nur scheinbar abweichend (Eingriff in fremde Sache ist durch § 288 BGB gedeckt): Palandt-Danckelmann, Anm. 2 zu § 227 BGB, Enneccerus-N., § 241, Anm. 19.

haftigkeit; der Verteidiger verletzt nur den ersteren. Die Wertantinomie ist zugunsten des Verteidigers zu entscheiden; die Kollektivwerte sind nicht in jedem Falle jedem privaten Rechtsgut überlegen; oft muß auch von der Gemeinschaft verlangt werden, daß sie ihre Anforderungen zugunsten der elementaren Lebensinteressen eines ihrer Mitglieder zurück-schraubt. Dabei ist aber jede Schablonenentscheidung von Übel. Man kann also nicht sagen, daß die Notwehr regelmäßig in fremde Rechtsgüter ein-greifen dürfe oder nicht; für die Notwehr durch unfundierte, aber ich-greifen dürfe oder nicht; für die Notwehr durch unfundierte, aber rich-tige Alleinstellungswerbung gilt nach dem eben angeführten das Er-läge der Fall bei einer „Notwehr“ durch „sittenwidrige Marktschreierei“. Hier fehlt es schon an der Werbewirksamkeit, also auch an der Not-wendigkeit. Außerdem ist die sittenwidrige Marktschreierei als Über-treibung eigentlich nicht final durch einen Verteidigungszweck gesteuert; sie beschäftigt sich mit dem Werbenden selbst; soweit die geschmack-losen Äußerungen in bezug auf den Angreifer gebraucht werden, sind sie nicht „sachlich“. Der Alleinstellungsvergleich kann dagegen als Not-wehrmaßnahme gerechtfertigt sein; die meisten Beispiele der sogenann-ten „Abwehr“-Rechtsprechung beschäftigen sich mit Vergleichen. Hier-für zwei Beispiele:

Beispiel 72:

Die Beklagte hatte im Jahre 1932 einen Radschutz-Webstuhlantrieb beim Patentamt als Gebrauchsmuster angemeldet; nach Ablauf der Schutzfrist brachte die Klägerin einen gleichartigen, in der äußeren Aufmachung ähn-lichen Radschutz heraus; die Beklagte trieb nun folgende Reklame: „Warum versuchen andere Firmen unseren Radschutz-Webstuhlantrieb nachzuahmen? Weil die Praxis gezeigt hat, daß unsere Konstruktion die denkbar beste Lösung des Antriebsproblems darstellt: in Jahrzehnten 100 000fach bewährt. ... Jede Änderung (zur Vermeidung des sklavischen Nachbaus) bringt Nach-teile mit sich!“⁵⁴.

Hier fehlt es an der Rechtswidrigkeit des Angriffs. Denn ein skla-vischer Nachbau lag nicht vor; die Klägerin durfte sich nach Ablauf der Schutzfrist den Gedanken der Beklagten zu eigen machen. In der War-nung vor Nachahmung liegt übrigens die Behauptung, zur Herstellung des Artikels allein berechtigt zu sein, was unrichtig ist.

Beispiel 73:

Gesetzt, die Klägerin hätte mit Mitteln der Massenreklame den Satz „Chloro-dont, die beste Zahnpasta der Welt“ propagiert; worauf die Beklagten mit dem Slogan „Ja, aber Odol ist besser“ entgegnet hätten⁵⁵.

Dann wäre der von der Beklagten vorgenommene Vergleich — um einen solchen würde es sich handeln⁵⁶ — gerechtfertigt. Denn die Wer-

⁵⁴ Fall des BGH v. 12. 3. 54, GRUR 54, 337 ff.

⁵⁵ Abwandlung des RG-Urteils v. 12. 12. 30, RGZ 131, 75 ff.

⁵⁶ Entgegen der Meinung des oben angeführten RG-Urteils, das insoweit in der Regel Kritik gefunden hat.

bung der Klägerin, die kein reines Werturteil darstellte, bezog sich erkennbar auch auf die Beklagte (als vergleichende Alleinstellung). Ferner wäre sie eine unrichtige Tatsachenbehauptung gewesen, denn die Zahnpasta der Klägerin war nicht die beste. Die Beklagte hätte den Eindruck dieser Werbung dann nicht besser zunichte machen können, als durch die ironische Antwort: „ja, aber Odol“; wir hätten ein Musterbeispiel dafür, wie eine vielleicht nicht streng „sachliche“, aber prägnante und werbewirksame Entgegnung durch Alleinstellungswerbung aussehen muß und (aus dem Gesichtspunkt der Notwehr) aussehen darf.

Kap. 35: Der Gedanke des rechten Mittels zum übergeordneten Zweck

I. Wesen und Konstruktion dieses Rechtfertigungsgrundes. Der Gedanke des übergesetzlichen Notstandes, der heute aus der strafrechtlichen Lehre nicht mehr wegzudenken ist⁵⁷, und auch im Zivilrecht Anerkennung und Anwendung als Rechtfertigungsgrund gefunden hat⁵⁸, ist mit dem Grundgedanken des § 193 StGB identisch. In beiden Fällen rechtfertigt der Schutz eines höherwertigen Rechtsgutes den Angriff gegen ein geringwertiges, und zwar eben wegen jenes Wertgefälles. Einzelheiten in der Ausgestaltung des § 193 StGB können an der Identität der Grundgedanken nichts ändern. So ist im Rahmen dieser Spezialvorschrift die Einschränkung der unbedingten Erforderlichkeit des Eingreifens wegen der seelischen Zwangslage des Täters in der dort ins Auge gefaßten besonderen Situation vielfach gemildert, indem dabei subjektiv gewertet wird: der Täter ist gerechtfertigt, wenn er nach gewissenhafter Information subjektiv der Meinung sein durfte, der vorgenommene Eingriff in fremde Rechtsgüter werde seine übergeordneten Interessen fördern⁵⁹. Beim übergesetzlichen Notstand ist die Erforderlichkeit jedoch an einem objektiven Maßstab zu messen⁶⁰. Wir haben den gemeinsamen Grundgedanken herauszufinden und entsprechend den Anforderungen des Werbelebens auszugestalten; eine unmittelbare Anwendung des § 193 StGB

⁵⁷ Welzel, Das deutsche Strafrecht, 6. Aufl., 1958, S. 80 ff., Maurach, Das Deutsche Strafrecht, Allgemeiner Teil, S. 290 ff., Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar 8. Aufl., S. 270.

⁵⁸ Enneccerus-N. § 241, V; Erman-Hefermehl, Anm. 2 zu § 227 BGB; Esser, Schuldrecht, Karlsruhe 1949, § 76 Ziffer 3 f.; Palandt-Danckelmann, Vorb. 3 vor § 226 BGB, Soergel-Siebert, Anm. 86 zu § 228 BGB; Staudinger-Coing, Anm. 25 zu § 228 BGB; OLG Freiburg vom 26. 10. 50, JZ 51, 223 ff. (226); dahingestellt in OGHZ 3, 55 ff. (63). Die umstrittene Frage, ob das Handeln im übergesetzlichen Notstand zum Schadenersatz verpflichtet (vgl. einerseits Enneccerus-N. und Erman, a. a. O., andererseits Staudinger, a. a. O.), liegt außerhalb unseres Themas.

⁵⁹ Schönke-Schröder, a. a. O., S. 721, 723.

⁶⁰ Schönke-Schröder, a. a. O., Vorb. III, 9 b vor § 51 StGB mit Nachweisen, die dort weiter behandelte Frage, ob eine gewissenhafte Prüfung dieses objektiv vorhandenen Wertgefälles als subjektives Rechtfertigungselement notwendig sei, kann hier dahinstehen.

oder auch nur eine Analogie hierzu wird nicht in Frage kommen. Auf der anderen Seite darf das Wort „übergesetzlich“ in der herkömmlichen Bezeichnung des zweiten Anwendungsfalles nicht darüber hinwegtäuschen, daß dieser nicht auf völlig außergewöhnliche Zwangslagen beschränkt ist. Notwendig ist freilich ein erhebliches Gefälle zwischen dem zu schützenden und dem deshalb zu verletzenden Gut; aber auch hier sind Abstufungen möglich; so schließt im Strafrecht ein verletztes soziales Rechtsgut die Anwendung des Grundsatzes im allgemeinen aus; dies ist aber keinesfalls die Regel. Auch im Wettbewerbsrecht liegen die Verhältnisse ähnlich. So wird es keinen Gesichtspunkt geben, unter dem auf die Wahrung des Interesses der Allgemeinheit an einer wahrheitsgemäßen Unterrichtung zu verzichten ist. Die Folge ist, daß ein Verstoß gegen § 3 UWG durch übergesetzlichen Notstand nie gerechtfertigt sein könnte. Es gibt aber auch hier Verstöße gegen individuelle Rechtsgüter, wie den Vergleich, der unter einer Reihe von Gesichtspunkten des allgemeinen Interesses sogar erwünscht erscheinen kann.

Das Prinzip, daß bei großem Wertabstand zwischen einem oder mehreren Verletzten und einem oder mehreren nur durch diese Verletzung zu wahren oder zu fördernden Rechtsgütern, die sonst verbotene Verletzung erlaubt sein soll, wiederholt sich demnach in der Rechtsordnung in mannigfachen Abwandlungen. Die Rechtsprechung zu § 193 StGB und zum übergesetzlichen Notstand sind nur spezielle Ausprägungen des Prinzips.

II. Terminologie. Schon weil damit also ein Teil für das ganze genommen würde, dürfte man weder von übergesetzlichem Notstand noch von Wahrnehmung berechtigter Interessen sprechen. Beides wäre auch irreführend, wie eben schon angedeutet wurde, denn die speziellen Voraussetzungen des letzteren Rechtfertigungsgrundes sind teilweise milder, der erstere verleiht dem behandelten Thema den Anschein des Seltenen und Abnormen. Hier wird deshalb vom Rechtfertigungsgrund des „rechten Mittels zum übergeordneten Zweck“⁶¹ gesprochen.

III. Bisherige Systematik

1. Rechtsprechung und Literatur sind bisher immer davon ausgegangen, daß die hier behandelten Ausnahmesituationen die Sittenwidrigkeit der vergleichenden Werbung (und damit deren Tatbestandsmäßigkeit) ausschließen. Dies gilt nicht nur für diejenigen, die den Vergleich ausschließlich als Verstoß gegen § 1 UWG betrachten⁶², sondern auch

⁶¹ Die Anregung hierzu geht von Welzel aus, welcher das übergeordnete Prinzip das des „rechten Mittels zum rechten Zwecke“ nennt. (Das deutsche Strafrecht, 6. Aufl., S. 80). Die Betonung des höheren Wertes des Zweckes erscheint dem Verfasser demgegenüber noch wichtiger.

⁶² Unter diesen vgl. z. B. B-H, Randnote 36—38, Tetzner, 2. Aufl., Randnote 131, Callmann, Randnote 71, je zu § 1 UWG, Droste, GRUR 51, 140, Bur-

für Reimer⁶³, der grundsätzlich der Meinung ist, der Vergleich⁶⁴, woraus doch zu folgern sein müßte, daß er ein Verstoß gegen § 823 Abs. 1 BGB wäre.

2. Für uns ist der Vergleich aus zwei Gesichtspunkten rechtswidrig, nämlich nach § 823 Abs. 1 BGB und § 1 UWG, wobei wir das Hauptaugenmerk auf die erstere Vorschrift richten. Für § 823 Abs. 1 BGB ist eine Berücksichtigung der hier zu erörternden Ausnahmesituationen im Tatbestand nicht möglich. Wir haben zwar erkannt, daß er in seinem Tatbestandsmerkmal der „Rechtswidrigkeit“ ein spezielles Rechtspflichtmerkmal enthält, das durch das Fehlen der sozialen Adäquanz auszufüllen ist; mit dieser Rechtsfigur haben unsere Ausnahmesituationen aber nichts zu tun, wenn man diesen Begriff nicht ins Uferlose erweitern will (zu seinem Umfang vergleiche oben, Kap. 9, IV, 3). Ausnahmesituationen, die nur durch Güterabwägungen gelöst werden können, fallen unter diesen Begriff, der eine Selbstverständlichkeit voraussetzt, nicht. Also bleibt hier überhaupt nur die Möglichkeit des Rechtfertigungsgrundes. Sie ist auch sachlich gerechtfertigt, denn eine Handlung, die notwendig ist, um ein höheres Gut als das des Verletzten zu bewahren oder zu fördern, muß vom Recht nicht nur geduldet (Schuldausschließungsgrund etc.), sondern ausdrücklich gebilligt werden. Ausnahmesituationen, die zur rechtlichen Billigung einer Handlung führen, sind Rechtfertigungsgründe.

Für den § 1 UWG muß schon aus den oben zur Notwehr ausdrücklich erörterten Gründen⁶⁵ das gleiche gelten. Beim Vergleich dieser Nahtstelle zwischen allgemeinem und wettbewerblichem Deliktsrecht, zeigt sich besonders deutlich, wie mißlich eine getrennte Ordnung der Ausnahmesituationen für beide Gruppen wäre⁶⁶.

IV. Allgemeine Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes

1. Zwischen dem Gut, das aufgeopfert oder verletzt werden soll und demjenigen, das gerettet oder gefördert werden soll, muß ein erhebliches

henne, NJW 51, 249, D. Reimer, S. 142 ff., letztere mit zahlreichen Beispielen aus der reichsgerichtlichen Praxis, aus denen erhellt, daß dieses Gericht auf dem gleichen Standpunkt stand.

⁶³ 2. Aufl., S. 550 f.

⁶⁴ a. a. O., Kap. 78, Randnote 1.

⁶⁵ Kap. 34.

⁶⁶ An dieser Stelle erwartet der Verfasser den Einwand, eine ähnliche Trennung habe er ja selbst unternommen, als er die „soziale Adäquanz“ einmal als Teil eines schlichten Tatbestandsmerkmals, einmal als Rechtspflichtmerkmal einordnete, obgleich er sie beide Male auch als Rechtfertigungsgrund hätte gelten lassen können. Die s. A. ist aber, gerade in ihrem Verhältnis zu § 1 UWG, wo es ja auch für die Tatbestandsmäßigkeit auf die Anschauung aller billig und gerecht Denkenden ankommt, kein Rechtfertigungsgrund, weil sie keine Ausnahmesituation ist. Bei ihr hätte eine Gleichbehandlung also der gesetzlichen Regelung widersprochen, die der zugrunde liegende Lebenssachverhalt (das Sittenurteil der Bevölkerung) gefunden hat.

Wertgefälle bestehen. Nicht völlig gleichbedeutend ist es, wenn Welzel⁶⁷ vom rechten Mittel zum rechten Zweck spricht und zwar auch dann, wenn als „recht“ nur einen Zweck betrachtet würde, der erheblich übergeordnet ist. Bei der Wertabwägung werden zwei Gesichtspunkte stets zu berücksichtigen sein:

a) Auf der Zweckseite der Unwert eines reinen Egoismus: keiner kann von einem unbeteiligten Dritten *verlangen*, daß dieser eigene Güter den seinigen aufopfert, seien die letzteren auch höherwertig. Solche Situationen rechtfertigen nur bei besonders hohem Güterabstand⁶⁸. In unserem Bereich ist daran nicht zu denken; denn das andere individuelle Rechtsgut, dessen Schutz in Frage kommt, ist regelmäßig das Unternehmen des Werbenden; es ist nicht schützenswerter als das des Angegriffenen⁶⁹. Also werden auf der Seite des Werbenden Rechtsgüter der Allgemeinheit stehen müssen, die er als deren Sachverwalter zu wahren hat, um ihn zu rechtfertigen. Der Werbende muß sich dieser Sachwaltung bewußt sein; er kann daneben oder sogar als Hauptzweck seine eigenen Belange verfolgen; dies entspricht der notwendigen ethischen Lückenhaftigkeit des Rechtes. Es ist immerhin erträglicher, wenn Interessen der Allgemeinheit durch private Initiative — in einem zulässigen Rahmen — wahrgenommen werden, als daß der Staat in das Wirtschaftsleben eingreifen muß.

b) Freilich ist die oben niedergelegte Ansicht nur möglich, wenn man zugibt, daß Rechtsgüter, über die der Werbende nicht verfügen kann, durch ihn überhaupt gefördert werden dürfen. Für die „Nothilfe“ ist das oben verneint worden, weil Nothilfe wesensmäßig in einer wesentlich strengereren Atmosphäre aktuell wird: Nothilfe setzt einen Angriff voraus; zu seiner Abwehr bedarf es zumeist der Gewalt; der Angreifer, der sich ja bereits als Rechtsbrecher erwiesen hat, widersetzt sich zumeist; die Zulassung privater Nothilfe zugunsten des Staates und allgemeiner Rechtsgüter würde also in gefährlicher Weise an der öffentlichen Ordnung rühren. Das gleiche hat dann für unseren jetzt erörterten Rechtfertigungsgrund zu gelten, *wenn* er Gewaltanwendung erfordert; hier muß man es dem Staate überlassen, ob und wie weit er hierzu schreiten will. Dies

⁶⁷ Lehrbuch, S. 80.

⁶⁸ Zu vergleichen § 904 BGB: „wenn der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung entstehenden Schaden unverhältnismäßig groß ist.“ Anders bei § 228 BGB, mit gutem Grund: weil die Gefahr hier von der Sache selbst droht, was der Gefährdete keinesfalls zu dulden braucht: die Waagschale des Sacheigentümers ist noch durch den Gedanken der Veranlassung (vgl. oben, Anm. 49, 50) belastet. Der Egoismus des Angegriffenen ist hier sittlich zu billigen; trotzdem erscheint der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wenn auch umgekehrt.

⁶⁹ Die Verteidigungssituation, die beim Sachnotstand eine weitgehende Eingriffsmöglichkeit gibt (defensiver Notstand, § 228 BGB, vgl. oben, Anm. 706), ist hier auszuklammern, denn dieser Spezialfall der Güterabwägung ist im Gesetz durch das Notwehrrecht gesondert geregelt.

ist sozusagen ein „polizeirechtlicher“ Gedanke. Folglich geht er nur soweit, als es die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung erfordern. Diese sind aber durch bloße Aufklärungsmaßnahmen privater zugunsten allgemeiner Rechtsgüter regelmäßig nicht gefährdet: im Reiche der Idee muß der Staatsbürger vollen Anteil an der Sorge für das Gemeinwohl haben und von der staatlich garantierten Meinungsfreiheit auch hierzu Gebrauch machen dürfen. Die gegenteilige Auffassung vertrüge sich nicht mit dem geltenden demokratischen Staatssystem, das seinem Wesen nach auf die Beteiligung aller am Staatsleben angewiesen ist. Auch die herrschende Meinung im Strafrecht bejaht die Anwendung des „übergesetzlichen Notstandes“ und des § 193 StGB, wenn fremde Rechtsgüter verteidigt werden⁷⁰.

2. Schonendstes Mittel:

a) Das erhebliche Wertgefälle kann nur dort rechtfertigend wirken, wo das höherwertige Rechtsgut nur durch Beeinträchtigung des niedrigeren gefördert werden kann. Ohne Notwendigkeit hat die Beeinträchtigung selbstverständlich zu unterbleiben. Der Werbende hat also einen höheren Zweck stets unter möglichster Schonung seiner Konkurrenten anzustreben⁷¹. So darf man beim Vergleich zur Verdeutlichung eines technischen Fortschritts jeweils nur so deutlich auf den Gegner anspielen, als dies für den Darstellungszweck unbedingt nötig ist⁷².

b) Mit diesem Prinzip der Notwendigkeit wird gerade im eben erörterten Falle viel förmelnder Mißbrauch getrieben; es genügt nicht, daß sich der Richter eine rein grammatisch denkbare andere Formulierung vorstellen kann, die seiner Meinung nach denselben Dienst als die bekämpften Vergleiche oder Alleinstellungen täte. Die Ersatzformulierung muß auch werbewirksam sein. Läßt sich eine solche Formulierung nicht finden, wird die an sich unzulässige, aber werbewirksame Formulierung notwendig. Keinesfalls genügt es, im Urteil lediglich festzustellen, daß sich der beklagte Werbende „auch anderer Formulierungen hätte bedienen können“⁷³. Diese müssen angegeben werden, sonst ist das Urteil nicht kontrollierbar genug begründet; denn daß solche Formulierungen möglich sind, ist keineswegs immer selbstverständlich.

⁷⁰ Frank, Anm. III, 2, b Nagler in LK, Anm. III, 2 je zu § 193 StGB, Mezger, Strafrecht, Ein Studienbuch, II, Besonderer Teil, 5. Aufl. 1956, § 39, II, 2. Maurach, Besonderer Teil, S. 141, Welzel, 4. Aufl., S. 262; Seibert, MDR 51, 709; v. Holsten, MDR 51, 565; OLG Hamm v. 12. 12. 52, NJW 53, 310 (mit weiteren Nachweisen), OLG Celle o. 15. 7. 53, NJW 53, 1764; OLG Köln, v. 17. 9. 56 Goldtammers Archiv 57, 61. Vgl. auch § 3 Bay. PresseG. v. 3. 10. 49 (GVBl. S. 243). A. A. die frühere Rechtspr. des RG (Nachweise bei den angeführten Kommentaren).

⁷¹ Vgl. für das Strafrecht, Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 6. Aufl., S. 263, unter Hinweis auf die Rechtsprechung des RG.

⁷² RG v. 16. 1. 41, GRUR 41, 125 ff. (130, rechts).

⁷³ So aber OLG Düsseldorf v. 17. 2. 55, GRUR 56, 473 ff. (474, rechts).

3. Die *Förderungsabsicht* als subjektives Rechtfertigungselement ist hier ebenso unentbehrlich wie bei der Notwehr. Der Täter muß eine Güterabwägung angestellt haben, um sich auf sie berufen zu können. Freilich muß dieser Zweck nicht der einzige gewesen sein; diese folgt aus der notwendigen ethischen Lückenhaftigkeit des Rechts⁷⁴. Daraus folgt, daß dem Kaufmann nicht verwehrt ist, an der Bekämpfung von Mißständen teilzunehmen, weil er durch diese Kritik gleichzeitig den Absatz seiner eigenen Erzeugnisse fördert (und, vielleicht in erster Linie, fördern will). Hier greift der Gedanke des § 13 Abs. 1 UWG ein: Es ist für den Staat besser, wenn Privatleute, sei es auch mit anderen Nebengedanken, übergeordnete Ziele verfolgen, als wenn dies überhaupt nicht geschieht.

V. Einzelfälle

1. Unterrichtung und Verdeutlichung eines technischen Fortschrittes. Beide Fälle sind verwandt; sie sind vor allem für die Lehre vom Vergleich bedeutsam. Hier sind sie nicht mit dem sogenannten „Systemvergleich“ zu verwechseln, wenn sie auch manchmal mit diesem zusammen behandelt werden⁷⁵. Denn der Systemvergleich ist eine echte Ausnahme vom Tatbestand; wer wirklich zwischen Herstellungs- usw.-Systemen vergleicht, nimmt nicht erkennbar auf einen Mitbewerber Bezug. Wenn das bekämpfte System nur von einem oder von wenigen, dem umworbenen Publikum bekannten Mitbewerber verwendet wird, ist der Systemvergleich an sich nicht erlaubt⁷⁶; dann könnten allenfalls die hier zu erörternden Gesichtspunkte eingreifen.

Das überwertige Rechtsgut ist hier entweder der technische Fortschritt oder die Unterrichtung des Verkehrs über wichtige Wareneigenschaften: beides sind wichtige volkswirtschaftliche Anliegen.

a) Beim *Vergleich* kommen diese Rechtsgüter mit solchen der betroffenen Einzelkonkurrenten in Konflikt; es ist evident, daß diese unter bestimmten Voraussetzungen weichen müssen; dies ist denn auch im Prinzip anerkannt⁷⁷. Fälle, in denen eine ausdrückliche Nennung des Betroffenen nötig ist, lassen sich freilich selten finden; wenn aber nur ein Konkurrent vorhanden ist, den der einzige in Betracht kommende Abnehmer sofort erkennt, wäre es formalistisch, einen sonst zur Fortschrittsverdeutlichung erlaubten Vergleich nur wegen der Namensnennung zu

⁷⁴ (Georg Jellinek), vgl. hierzu Sauer, System der Rechts- und Sozialphilosophie, Basel 1949, S. 215 f.

⁷⁵ B—H, Rdnoten 35, 43 zu § 1 UWG.

⁷⁶ Oben, Kap. 12, I.

⁷⁷ B—H, a. a. O., Tetzner, 2. Aufl., Rdnote 131, Callmann, Rdnote 71, je zu § 1 UWG; Reimer, Randnote 1 zu Kap. 78; Droste, GRUR 51, 140 ff. (143); a. A.: G-H, Anm. 32, a. E., zu § 1 UWG; Rosenthal, Anm. 39 zu § 1 UWG, und D. Reimer, S. 145, erörtern das Problem nicht. Aus der Rechtsprechung: BGH v. 13. 11. 51, GRUR 52, 416 ff. (417, rechts oben, obiter dictum).

verbieten⁷⁸. Um eine echte vergleichende Alleinstellungsbehauptung zur Unterrichtung handelt es sich in

Beispiel 74:

„Das einzige Haus, das für Gebrauchtwagen Garantie leistet“.

Dies wäre bei hinreichender Konkretisierung ein Vergleich. Das kaufende Publikum hätte aber ein überwiegendes Interesse daran, diesen zu hören; denn es ist längst ein Mißstand, daß sich alle Altwagenhändler formularmäßig von jeder denkbaren Haftung freizeichnen, obgleich dies nur teilweise durch die besonderen Umstände des Wirtschaftszweiges gerechtfertigt ist. Wenn ein Händler bereit ist, hier eine Ausnahme zu machen, muß er es seinen Kunden sagen dürfen. — Sehr weit geht freilich Tetzner⁷⁹ mit seinen

Beispielen 75—77:

(75) „Das führende Hotel am Platze“. (76) „Das einzige Hotel mit Garage“. (77) „Das einzige Haus mit Tennisplatz“.

In Beispiel 76 und 77 fehlt schon die Notwendigkeit für die gewählte Form des Vergleichs (um einen solchen handelt es sich bei den nach der Reklame vorauszusetzenden engeren Verhältnissen). Die bescheidenere Formulierung „Garagen und Tennisplatz beim Hause“ hätte auch genügt; auch im Fall des Beispiels 75 ließe sich eine andere Formulierung finden. Im übrigen ist hier Tetzners Ausgangspunkt schon falsch: die Verkehrsunterrichtung über allgemeine Unternehmenseigenschaften ist nicht in diesem Sinne notwendig; es muß sich im Gegenteil um Eigenschaften handeln, an denen ein allgemeines Interesse besteht, das über das normale Streben nach möglichst guter Leistung hinausgeht, wie oben in Beispiel 74. Deshalb ist auch dem Reichsgericht⁸⁰ für den Gesichtspunkt der Unterrichtungsalleinstellung in folgendem Fall zuzustimmen:

Beispiel 78:

Nach dem Vortrag des Beklagten glaubten die Abnehmer für kyanisierte Weinbergpfähle, es bestehe ein vorgeschriebener Preis. Deshalb schrieb er einem von diesen: „Mein Angebot ist bestimmt günstig. Sie kaufen 1 bis 2 Pfennig unter den bekannten vorgeschriebenen Preisen.“

Bloße Preisvergleiche sind also nicht schon zur Unterrichtung des Publikums zulässig. Um einen echten Fall einer Alleinstellungswerbung zur Verdeutlichung des technischen Fortschritts handelt es sich in dem Falle des OLG Düsseldorf⁸¹, welcher dem Beispiel 79 zugrunde liegt:

Beispiel 79:

Die Antragsgegnerin versandte Rundschreiben, in denen sie behauptete, ihr Feinwaschmittel X sei das erste, das vergilbtes Nylon, Perlon, Wolle, Seide

⁷⁸ RG v. 20. 7. 37, RGZ 156 ff. (158).

⁷⁹ NJW 56, 1900 ff. (1902, rechts).

⁸⁰ Urteil des RG v. 26. 11. 37, GRUR 38, 127 ff.

⁸¹ v. 17. 12. 56, GRUR 56, 473 ff.

und Kunstseide erneuere. Auf einer beigegeführten „Musterkarte“ waren drei Perlonstoffe aufgeklebt, von denen zwei, die vergilbt waren, fünfmal mit „handelsüblichen“ Feinwaschmitteln, die anderen, die weiß waren, fünfmal mit X gewaschen sein sollten.

Das OLG nimmt einen echten Warenvergleich an⁸². Zur Fortschrittsverdeutlichung sei der Vergleich nicht notwendig gewesen.

Wer aber heute einen neuen Artikel herausbringt, wird nur Erfolg haben, wenn er ihn kräftig propagiert. Allein durch die Leistung wird er nicht bekannt werden. Dies gilt besonders für Massenartikel, wie ein neues Waschmittel. Davon hat auch die Rechtsprechung auszugehen. Für eine Werbung besteht also nicht schon deshalb keine „Notwendigkeit“, weil sie Werbung, und zwar wirksame Werbung, ist. Erkennt man dies an, so muß man auch die werbepsychologischen Eigengesetze anerkennen. Für einen Fortschritt läßt sich nur dann wirksam Reklame machen, wenn man sagt, wie hoch der bisherige Stand der Technik ist. Dies muß man auf eine Weise sagen, welche die Massen anspricht. Die Massen muß man möglichst konkret ansprechen⁸³. Man muß ihnen also ein echtes Vergleichsobjekt vor Augen halten. Dies beweist am besten die Reklame für Wachsmittel mit optischen Aufhellern, wie sie im Jahre 1957 offenbar unter dem Eindruck des besprochenen Urteils, getrieben wurde: da die Werbefachleute nicht mehr mit anderen vergleichen durften, aber einen konkreten Anhaltspunkt brauchten, verglichen sie mit dem eigenen Erzeugnis („nie gab es besseres . . .“, „Noch weißer als das alte X? Ja, das neue X wäscht noch weißer!“). Dabei kommen fast notwendig Formulierungen heraus, die als Alleinstellungen wirken⁸⁴, so daß im Effekt für die Werbemoral wenig gewonnen wurde; wenn diese wiederum verboten würden, ist die Werbung jedes wirksamen Ausdrucksmittels für den Fortschritt beraubt. Das OLG hätte nach allem diese Reklame unter dem Gesichtspunkt der Verdeutlichung eines technischen Fortschrittes zulassen müssen.

b) Eine unfundierte Alleinstellung wird wohl selten oder nie damit gerechtfertigt werden können, daß der Werbende einen technischen Fortschritt habe verdeutlichen wollen. Denn der Werbende hat während der Vorbereitungszeit seiner Erfindung genügend Zeit, auch die Reklame zu planen.

⁸² Woran sicher soviel richtig ist, daß es sich nicht um einen „echten Systemvergleich“ gehandelt hat, denn in der Reklame waren die Eigenschaften des neuen Systems der Antragsgegnerin (erstmalige Verwendung sogenannter optischer Aufheller) nicht angegeben. Es handelt sich aber nicht um einen Vergleich, denn dafür gibt es zuviele „betroffene“ Marken. Das OLG hat hier freilich seinen — von uns schon abgelehnten (vgl. oben, zu Beispiel 39) — Standpunkt konsequent weiterverfolgt.

⁸³ Domitzlaff, Die Gewinnung öffentlichen Vertrauens, Hamburg, 1951, S. 161.

⁸⁴ Vgl. oben, Beispiel 14.

2. Vergleich des Kartellbrechers

a) Das Rebko-Urteil⁸⁵, in dem sich das RG zum erstenmal mit dieser Frage befaßt, befriedigt unser Rechtsgefühl nicht:

Beispiel 80:

Der Beklagte war einer der wenigen Hersteller von Weinbergpfählen, die einem Preiskartell (der „Rebko“) nicht angehörten; er fügt dem Angebot an einen Kunden den Satz an: „Mein Angebot ist bestimmt günstig. Sie kaufen bei mir 1 bis 2 Pfennig unter den vorgeschriebenen Preisen.“

Beispiel 81:

An einer „Volkstankstelle“ in Erlangen fand sich das folgende Transparent: „Nicht schlechter, aber billiger.“ Inzwischen ist der Satz geändert worden in: „nur ein Unterschied: billiger.“

Beispiel 82:

„In der Schweiz tanken sie vorteilhaft . . . Migrol-Benzin zu nur 46—48 Rp . . . Gottfried Dutweiler . . . Er hat Benzin-Monopolpreis zerschlagen zum Vorteil aller Motorfahrer. Auch das Migrol-Öl ist ebenso gut, aber bedeutend billiger.“

In allen drei Beispielfällen handelt es sich um vergleichende Werbung⁸⁶. Die beiden letzteren behaupten eine Alleinstellung; diese ist, wie einmal unterstellt werden soll, richtig. Unterstellen wir weiter, daß die Werbenden gegen echte, unter § 1 GgW fallende Preiskartelle anzukämpfen hätte, so erhebt sich die Frage, ob ihre vergleichende Werbung dadurch gerechtfertigt würde.

b) (Denkbare Lösungen). Man könnte hier an einen Notwehrfall denken; die Kartellvereinbarung wird aber in der Regel keinen Angriff gegen den Außenseiter darstellen. Denn diesem droht im allgemeinen keine Schädigung. Dies wird im typischen Fall, dem Preiskartell, am ehesten deutlich. Der preisbrechende Außenseiter wird stets eine Menge Kunden finden und aus dem Kartell unter Umständen sogar Nutzen schöpfen können. Die Frage, ob der Angriff eine „finale“ Handlung erfordert⁸⁷, kann also dahingestellt bleiben; wäre an dem, so schiede der Gesichtspunkt der Notwehr auch aus diesem dogmatischen, nicht nur aus jenem mehr tatsächlichen Grunde aus; denn die Kartellvereinbarung an sich bezweckt in der Regel nicht die Schädigung des Außenseiters.

Man könnte ferner versucht sein, den oben erörterten Grundsatz der „notwendigen Verkehrsunterrichtung“ anzuwenden. Die unmittelbar geschützten Rechtsgüter sind aber verschieden; einmal geht es um das Interesse der Öffentlichkeit an ordentlicher Marktunterrichtung, hier geht

⁸⁵ Siehe Anm. 80.

⁸⁶ Für Beispiele 81 und 82 sind hierzu die Ausführungen zu den gleichen Fällen als Beispiele 44 und 45 zu vergleichen.

⁸⁷ So Hellmuth Mayer, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Köln 1953, S. 203; Schaffstein, MDR 52, S. 132 ff. (136); a. A. die weitaus herrschende Meinung, auch der Begründer der finalen Handlungslehre, Welzel, (Das deutsche Strafrecht, 4. Aufl., S. 63).

es um die Freiheit des wirtschaftlichen Wettbewerbs. Die Unterrichtung ist beim Kartellvergleich also nicht Zweck, sondern Mittel zu einem höheren Zweck. Freilich sind beide Güter nur Ausschnitte aus einem umfassenderen, dem wirtschaftlichen Gemeinwohl; freilich handelt es sich in beiden Fällen um den gleichen Grundsatz des rechten Mittels zum übergeordneten Zweck; dieser hat mehrere Spielarten, und es dient nicht der Klarheit, sie zu vermischen.

c) Das GgW will die Wettbewerbsfreiheit fördern und schützen⁸⁸. Es geht von dem wirtschaftlichen Leitbild der sozialen Marktwirtschaft aus⁸⁹. Danach muß der Staat den freien Wettbewerb notfalls erzwingen, um so eine möglichst günstige Versorgung der Verbraucher (deshalb „soziale“ Marktwirtschaft) zu sichern. Dies soll der oberste Grundsatz der deutschen Wirtschaft sein⁹⁰. Der kartellgebundene Betrieb wird sich daher Eingriffe in seinen good will, die geeignet sind, die wettbewerbsrechtliche Freiheit zu fördern, in den gewöhnlichen Grenzen des hier erörterten Rechtfertigungsprinzips⁹¹ gefallen lassen müssen, auch von privater Seite. Hier besteht ein besonders erhebliches Wertgefälle. Denn gegen das verletzte Unternehmen spricht das Prinzip der Ingerenz; es hat durch sein rechtswidriges Verhalten den Gegenschlag heraufbeschworen.

d) Für die Frage der Notwendigkeit des „Kartellvergleichs“ gilt erst recht, was oben anlässlich Beispiel 79 gesagt wurde. Zu beachten ist, daß der Zweck nicht in der Förderung des Absatzes des Werbenden, sondern in der Bekämpfung des Kartells liegt. Dies geschieht in werbewirksamer Weise nur durch einen Vergleich der kartellbedingten Nachteile mit den Vorteilen, die sich dem Abnehmer durch die Bindungsfreiheit des Werbenden erschließen. Eine solche Werbung ist nicht deshalb überflüssig, weil zur Überwachung des Kartellwesens Behörden eingerichtet sind und Verstöße gegen das GgW mit erheblichen Geldbußen geahndet werden. Denn die Bekämpfung durch Propaganda kann heute schlechthin nicht entbehrt werden, sie ist den Behörden versagt, deren Apparat wohl auch nicht schnell genug arbeitet und oft erst durch Kämpfe auf der Ebene des Wettbewerbs auf die Spur eines Kartells gebracht werden wird. Für die Kartellbehörde ist die Geldbuße (§ 38 Abs. 1 Nr. 1 GgW) das einzige Zwangsmittel; es kann lange dauern, bis sie rechtskräftig verhängt ist.

Der Vergleich ist natürlich nur gerechtfertigt, soweit er sich auf Leistungsunterschiede bezieht, die durch die Kartellbindung verursacht sind. Gegen ein Preiskartell muß aber auch der Qualitätshinweis erlaubt sein, den die Beispiele 81 und 82 enthalten. Sonst würde jeder

⁸⁸ Vgl. Lehnich, Die Wettbewerbsbeschränkung, Köln-Berlin, 1956, S. 483 f.

⁸⁹ Vgl. die Nachweise aus den Materialien bei Anm. 159 zum 1. Hauptteil.

⁹⁰ Lehnich, a. a. O., S. 495, letzter Absatz.

⁹¹ Oben, IV, 2.

annehmen, der Preisunterschied sei eben auf eine schlechtere Qualität zurückzuführen.

Die Alleinstellung ist meist die Folge eines solchen Kartellvergleichs; dies gilt um so mehr, je umfassender das Kartell ist. Deshalb haben diese Ausführungen hier ihre besondere Bedeutung. Durch den Rechtfertigungsgrund des rechten Mittels zum übergeordneten Zweck wird freilich nicht die unfundierte Alleinstellung des Kartellbrechers erlaubt werden, denn hier fehlt es an einem erheblichen Wertgefälle (hier freiheitliche Wettbewerbsordnung, dort Ehrlichkeit des Werbelebens). Auch der Gesichtspunkt der Ingerenz kann hier die Waagschale der Kartellgebundenen nicht belasten, denn eine unfundierte Werbung ist durch das Kartell nicht herausgefordert. Im übrigen würde der Nachweis der Richtigkeit der Alleinstellungswerbung in solchen Fällen wohl leicht zu erbringen sein, so daß die Frage auch nicht praktisch würde. Denn wenn Nachteile kartellbedingt sind, müßte sich ja leicht nachweisen lassen, daß sie dem Unternehmen des Einzelgängers nicht anhaften.

Im Prozeß wird der Werbende nachweisen müssen, daß auf der Gegenseite ein unzulässiges Kartell vorliegt; schon dadurch wird dafür gesorgt werden, daß die Bäume nicht in den Himmel wachsen und mit dem Rechtfertigungsgrund kein Mißbrauch getrieben wird; Ausnahmeerlaubnisse der Kartellbehörde (§§ 4, 5 Abs. 2 und 3, 6. Abs. 2, 7 und 8 GgW) binden als gestaltende Verwaltungsakte den Zivilrichter⁹².

VI. Bei der Wertabwägung in bezug auf die Rechtfertigung *privater* (nicht von Konkurrenten ausgehender) *Alleinstellungsbehauptungen*, die an sich einen Vergleich enthielten und damit, wenn sie nicht sozialadäquat sind, den Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB erfüllen, ist besonders zu berücksichtigen, daß für den Privatmann der Grundsatz der allgemeinen Meinungsfreiheit spricht. Die Eigentumssphäre des einzelnen ist von diesem Grundsatz unseres staatlichen Lebens überlagert (vgl. Art. 14, Abs. 1 S. 2 GG); dieser verschiebt die Wertgrenze zugunsten des unbeteiligten Dritten. Die unabhängige wissenschaftliche Kritik ist daher stets gerechtfertigt, weil sie dem wissenschaftlichen Fortschritt dient. Dies ist auch der Fall, soweit ihre Ergebnisse anfechtbar, aber diskutabel sind, und nur dann nicht mehr, wenn sie gesicherter wissenschaftlicher Erfahrung widersprechen⁹³.

⁹² Rosenberg, Lehrbuch des Zivilprozeßrechtes, 7. Aufl., München 1956, § 11, IV, 1, vgl. auch § 96 Abs. 2 GgW.

⁹³ Vgl. dazu v. Gamm, WRP 56, 321 ff., mit zahlreichen Nachweisen.

Literaturverzeichnis

- Abraham*: Die Doktrin der public policy, in: AcP, Bd. 50, S. 385 ff.
- Alexander-Katz*: Wettbewerbscharakter und Wettbewerbszweck geschäftlicher Handlungen, in: NJW 54, S. 130 ff.
- Amberg*: Werbung im Filmtheater, Berlin 1956.
- Arras*: Superlativ-Reklame im Wandel der Zeit, in: NJW 54, S. 1910 ff.
- Ballerstedt*: Urteilsbesprechung in JZ 57, 324 ff.
- Baumbach*: Das gesamte Wettbewerbsrecht, Systematischer Kommentar, 2. Aufl., Berlin 1931.
- Baumbach-Hefermehl*: Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl., München und Berlin 1960.
- Baumbach-Hueck*: Aktiengesetz, 9. Aufl., München und Berlin 1956.
- Baumbach-Lauterbach*: Zivilprozeßordnung, 25. Aufl., München u. Berlin 1957.
- Benisch*: Wettbewerbsregeln der „grauen Zone“, in: WuW 1956, S. 643 ff.
- Binding*: Die Normen und ihre Übertretung, 2. Bd. 2. Aufl., Leipzig 1914.
- Böhm*: Wettbewerb und Monopolkampf, Köln-Berlin 1933.
- Böhmer*: Die Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, 2. Bd., 1. Abteilung. Tübingen 1951.
- Einführung in das Bürgerliche Recht, Tübingen 1954.
- v. Brunn*: Verträge über die Grenzen der guten Sitten im Wettbewerbsrecht, in: GRUR 1949, S. 145 ff.
- Die wettbewerbskläuternde Vereinbarung, in: Festschrift für Rudolf Isay, Köln und Berlin 1956, S. 181 ff.
- Burhenne*: Vergleichende Reklame, in: NJW 51, 249 ff.
- Bussmann-Droste*: Werbung und Wettbewerb im Spiegel des Rechts. Essen 1951.
- Callmann*: Der unlautere Wettbewerb. 2. Aufl., Mannheim, Berlin und Leipzig 1932.
- Carnap*: Logische Syntax der Sprache. Wien 1934.
- Coing*: Oberste Grundsätze des Rechts. Heidelberg 1947.
- Grundzüge der Rechtsphilosophie. Berlin 1950.
- Cramer*: Die Polarität in der Werbung. Mannheim 1956.
- Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, 10. Aufl., Berlin 1953 ff.
- Degen*: Die Bedeutung des § 826 BGB für den gewerblichen Rechtsschutz, in: GRUR 1909, S. 137 ff.
- Dennewitz* (Mitherausg.): Kommentar zum Bonner Grundgesetz. Hamburg 1950 ff. („Bonner Kommentar“).
- Dörinkel*: Die Auswirkungen des neuen Kartellrechts auf die wirtschaftliche Praxis, in: WuW 57, S. 607 ff.
- Dreher-Maßen*: Strafgesetzbuch, 2. Aufl., München und Berlin 1956.
- Droste*: Abwehr im Wettbewerb, in: WuW 54, 508 ff.
- Das Verbot der bezugnehmenden Werbung und die Ausnahmefälle, in: GRUR 51, S. 140 ff.
- Grenzen der Superlativ-Werbung, in: DB 54, S. 736 ff.
- Wann sind Alleinstellungen unzulässig, in: GRUR 53, S. 16 ff.

- Dubislav*: Die Definition, Leipzig 1931.
- Ehrlich*: Die juristische Logik, in: AcP Bd. 115, S. 125 ff.
- Elster*: Wettbewerbsrecht, Berlin 1941.
- Enneccerus*: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 14. Bearbeitung. 1. Bd.: Allgemeiner Teil, bearbeitet von Nipperdey, Tübingen 1952. 2. Bd.: Recht der Schuldverhältnisse, bearbeitet von Lehmann, Tübingen 1954.
- Erman* (Herausg.): Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Münster 1952.
- Esser*: Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, München 1941.
- Fechner*: Rechtsphilosophie, Tübingen 1956.
- Fikentscher*: Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, München und Berlin 1958.
- Fischer*: Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, München 1911.
- Fontana*: La Disciplina della Concorrenza sleale negli Stati Uniti d' America, Mailand 1937.
- Frank*: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., Tübingen 1931.
- Franzen*: Auslegungsfragen im Recht der Wettbewerbsregeln, in: WuW 57, 742 ff.
- Gessler-Hefermehl*: HGB, Berlin 1950.
- v. Gierke*, Otto: Deutsches Privatrecht, Bd. 1: Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig 1895.
- Gieseke*: Recht am Unternehmen und Schutz des Unternehmens, in: GRUR 1950, S. 298 ff.
- v. Godin-Hoth*: Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Berlin 1957.
- v. Godin-Wilhelmi*: Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien. 2. Aufl., Berlin 1950.
- Goez*: Zur Auslegung des § 138 Abs. 1 BGB, in: JW 22, S. 1192.
- Haes*: Höhere Umsätze durch das packende Wort. Reutlingen o. J.
- Hartmann*: Nikolai, Ethik, 2. Aufl., Berlin und Leipzig 1935.
- Heck*: Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz. Tübingen 1932.
- Das Problem der Rechtsgewinnung. Tübingen 1932.
- Die Interessenjurisprudenz. Tübingen 1932.
- Hegler*: Die Merkmale des Verbrechens, in: ZStW Bd. 36, S. 19 ff.
- v. Hippel*, Fritz: Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht im deutschen Zivilprozeß. Frankfurt a. M. 1939.
- v. Hippel*, Robert: Deutsches Strafrecht. 2 Bde. Berlin 1925 bzw. 1930.
- v. Holzschuher*: Psychologische Grundlagen der Werbung. Essen o. J. (1954).
- Huber*: Wirtschaftsverwaltungsrecht; Bd. 1, 2. Aufl., Tübingen 1952.
- Hubmann*: Das Persönlichkeitsrecht. Münster und Köln 1953.
- Das Recht des schöpferischen Geistes, Berlin 1954.
- Grundsätze der Interessenabwägung, in: AcP Bd. 155, S. 85 ff.
- Naturrecht und Rechtsgefühl, in: AcP Bd. 153, S. 297 ff.
- Hundhausen*: Wesen und Formen der Werbung. Essen o. J. (1954).
- Industrielle Publicität als Public Relations. Essen o. J. (1957).
- Isay*: Das Rechtsgut des Wettbewerbsrechtes, Berlin 1933.
- Jagusch* (Mitherausgeber): Strafgesetzbuch, „Leipziger Kommentar“. 8. Aufl., Berlin 1957.
- Jellinek*, Walter: Verwaltungsrecht. 3. Aufl., Berlin 1931.
- Kant*: Metaphysik der Sitten; hier zitiert nach der Ausgabe in der philosophischen Bibliothek (Bd. 42), 6. Aufl., Leipzig 1933.

- Kirchberger*: Unlauterer, unzumutbarer und sittenwidriger Wettbewerb, Berlin 1932.
- Klug*: Juristische Logik. 2. Aufl., Berlin-Göttingen-Heidelberg 1958.
- Köhne*: Die Zulässigkeit von Abwehrmaßnahmen im Wettbewerbskampf, in: MuW Bd. 32, S. 66.
- Köhler*: Der unlautere Wettbewerb, Berlin und Leipzig 1914.
- Das Recht des Markenschutzes. Würzburg 1884.
- Kohlrausch-Lange*: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 39. Aufl., Berlin 1950.
- Kropf*: Die Werbemittel in ihrer psychologischen, künstlerischen und technischen Gestaltung. Essen 1953.
- Langen*: Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Aufl., Neuwied o. J. (1958).
- Larenz*: Lehrbuch des Schuldrechts, München und Berlin 1954.
- Le Bon*: Psychologie der Massen; zitiert nach „Kröners Taschenausgabe“, Stuttgart o. J. (1950).
- Lehmann*: Handel und Gewerbe. 3. Aufl., München und Berlin 1949.
- Allgemeiner Teil des BGB. 7. Aufl., Berlin 1952.
- Lehnich*: Die Wettbewerbsbeschränkung. Köln-Berlin 1956.
- Lent*: Die Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht im Zivilprozeß, in: ZAkDR 1938, S. 198.
- Leonhard*: Die Beweislast. 2. Aufl., Berlin 1956.
- Besonderes Schuldrecht des BGB, München und Berlin 1932.
- Lindenmeier*: Das Recht am ausgeübten Gewerbebetrieb in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: WuW 53, S. 592 ff.
- Lindenmeier-Möhring*: Nachschlagewerk des BGH. München und Berlin 1952 ff.
- Lisowski*: Kaufmannspraxis, Leipzig o. J. (1939).
- Lobe*: Die Entwicklung des Schutzes gegen unlauteren Wettbewerb nach der Rechtsprechung des Reichsgerichtes, in: GRUR 1931, S. 1215 ff.
- Maggi und das Reichsgericht, in: GRUR 1931, S. 104 ff.
- Lothmar*: Der unmoralische Vertrag, Leipzig 1896.
- Mataja*: Die Reklame. München 1926.
- Marbe*: Psychologie der Werbung. Stuttgart 1927.
- Maunz*: Deutsches Staatsrecht. 5. Aufl., München und Berlin 1956.
- Maurach*: Das Deutsche Strafrecht, Allgemeiner Teil, Ein Lehrbuch. Karlsruhe 1954.
- Das Deutsche Strafrecht, Besonderer Teil, Systematische Darstellung für Studium und Praxis. Hannover, Darmstadt 1952.
- Mayer*: Die folgenschwere Unmäßigkeit, in: ZStW, Bd. 59, S. 283 ff.
- Meyer-Cording*: Monopol und Machtbeherrschung. Tübingen 1951.
- Mendelssohn-Bartholdi*: „Ordre public (public policy) und „gute Sitten“, in: Rheinische Zeitung für Deutsches Recht. 1913, S. 203 ff.
- Metzger*: Strafrecht, (Ein Lehrbuch) 2. Aufl., München und Leipzig 1933.
- Strafrecht, Ein Studienbuch. 1. Allgemeiner Teil. 7. Aufl., München und Berlin 1957; 2. Besonderer Teil. 5. Aufl., München und Berlin 1956.
- Müllereisert*: Die Ehre im deutschen Privatrecht, Berlin 1931.
- Müller-Erzbach*: Lassen sich das Recht und das Rechtsleben tiefer und sicherer erfassen? München und Leipzig 1934.
- Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein des kausalen Rechtsdenkens. Weimar 1948.
- Wohin führt die Interessenjurisprudenz? Tübingen 1932.
- Nerretter*: Allgemeine Grundlagen eines deutschen Wettbewerbsrechts. Berlin 1936.

- Neumann-Duesberg*: Ermessensausübung im Zivilrecht als Gestaltungsakt, in: JR 1953, S. 56 ff.
- Neumann-Nipperdey-Scheuner*: Die Grundrechte. Berlin 1954 ff.
- Nipperdey*: Die Ersatzansprüche für Schäden, die durch den von den Gewerkschaften gegen das geplante Betriebsverfassungsgesetz geführten Zeitungsstreik vom 27. bis 29. Mai 1952 entstanden sind. Köln, 1953 („Nipperdey, Zeitungsgutachten“).
- Wettbewerb und Existenzvernichtung. Köln und Berlin 1930.
- Oertmann*: Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil. 3. Aufl., Berlin 1927.
- Recht der Schuldverhältnisse, 2. Abteilungen. 5. Aufl., Berlin 1928 f.
- Sittenwidrige Handlungen, in: DJZ 1903, S. 325 ff.
- Ostertith*: Lehrbuch des gewerblichen Rechtsschutzes, Leipzig 1908.
- Urteilsbesprechung in GRUR 1916, S. 95 f.
- Packard*: The Hidden Persuaders, 1957. Deutsch: Die geheimen Verführer, Düsseldorf 1958.
- Palandt*: Bürgerliches Gesetzbuch. 17. Aufl., München und Berlin 1957.
- Planck*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 4. Aufl., Berlin 1913 ff.
- Radbruch*: Rechtsphilosophie. Stuttgart o. J. (1950).
- Raiser*: Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, Hamburg 1935.
- Rasch*: Vereinbarungen zur Sicherung lauterer Wettbewerbs, in: BB 1954, S. 512.
- Reichel*: Urteilsbesprechung in JW 29, S. 1218 f.
- Reimann*: Wettbewerb und „gute Sitten“, in: WuW 57, 621 ff.
- Reimer*: Dietrich, Persönliche und vergleichende Werbung in der deutschen und französischen Rechtsprechung. München 1955.
- Reimer, Eduard*: Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht. 3. Aufl., Köln 1954.
- Rheinfels*: Wann ist Preisschleuderei sittenwidrig? in: WuW 56, S. 785 ff.
- Rickert*: Allgemeine Grundlegung der Philosophie. Tübingen 1921.
- Ritter*: Über sittliche Probleme der Macht. Bern o. J. (1948).
- Die Dämonie der Macht. München 1947.
- Rosenberg*: Das neue Zivilprozeßrecht nach dem Gesetz vom 27. Oktober 1933, in: ZZP Bd. 58, S. 286 ff.
- Die Beweislast. 4. Aufl., München und Berlin 1957.
- Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 7. Aufl., München und Berlin 1956.
- Rosenthal*: Wettbewerbsgesetz nebst den materiellen Vorschriften des Warenzeichengesetzes. 8. Aufl., Berlin 1930.
- v. Rützen-Kositzkau*: Die Superlativwerbung im deutschen Wettbewerbsrecht, in: ÖJZ 56, S. 589 ff.
- Sauer*: Juristische Methodenlehre, Stuttgart 1940.
- System der Rechts- und Sozialphilosophie, Basel 1949.
- Schäffer*: Unlautere Werbung im gemeinsamen Markt, in: GRUR/AIT. 1960, S. 285 ff.
- Schaffstein*: Notwehr und Güterabwägungsprinzip, in: MdR 1952, S. 132 ff.
- Scheler*: Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik. Bd. 2 der Gesammelten Werke, Bern 1954.
- Vom Ewigen im Menschen. Berlin 1933.
- Vom Umsturz der Werte. Leipzig 1919.
- Schelling*: Max Webers Wissenschaftslehre. Tübingen 1934.
- Christliche Wirtschaftsethik. München 1954.
- Schippel*: Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. München, Köln, Berlin 1956.
- Schlegelberger-Quassowsky*: Aktiengesetz. 3. Aufl., Berlin 1939.

- Schmidt, Eberhard*: Bedarf des Betriebsgeheimnis eines verstärkten Schutzes? Gutachten. Verhandlungen des 36. Deutschen Juristentages, Bd. 1, S. 101 ff.
- Schmidt, Reimer*: Die Obliegenheiten. Karlsruhe 1953.
- Schneidewin*: Vollrausch und Wahlfeststellung, in: JZ 57, 324 ff.
- Schnorr v. Carolsfeld*: Arbeitsrecht. 2. Aufl., Göttingen 1954.
- Bemerkungen zum Genossenschaftsrecht, in: ZtGesGenW 1959, S. 50 ff.
- Schramm*: Grundlagenforschung auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts. Berlin, Köln 1954.
- Seyffert*: Wirtschaftliche Werbelehre. 4. Aufl., Wiesbaden o. J. (1952).
- Soergel*: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 8. Aufl., Stuttgart und Köln 1952 ff.
- Sonderland*: Bedenkliche Superlativreklaame? in: BB 53, S. 958.
- Sprengler*: Preisschleuderei, Preisdiskriminierung und Wettbewerbsregeln. Düsseldorf 1955.
- Wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Spenden und Reklamezuschüssen, in: WuW 55, S. 353 ff.
- Sprüngli*: Der unlautere Wettbewerb. Zürich 1955.
- Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. 11. Aufl., Berlin 1954 ff.
- Stoll*: Begründung und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz, in: Festgabe für Ph. Heck, Max Rümelin, Arthur Benno Schmidt, Tübingen 1931 (Beiheft zu AcP Bd. 133), S. 60 ff.
- Strauß und Wolff (Richard)*: Kartellrecht, in: Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, hrsg. v. Schlegelberger, Bd. IV, Berlin 1933.
- Summerer*: Lauterheit des Wettbewerbs und Preisdiskriminierung in der Marktwirtschaft, in: WuW 58, S. 30 ff.
- Rechtsform und wirtschaftliche Bedeutung des Verbots der Preisdiskriminierung, in: WuW 55, S. 353 ff.
- Tautscher*: Wirtschaftsethik, München 1957.
- Tetzner*: Kommentar zum Patentgesetz. 2. Aufl., Nürnberg und Düsseldorf 1951.
- Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Köln 1950 (bisweilen zitiert nach der 2. Aufl., die nach Abschluß dieser Arbeit erschien).
- Superlativreklaame, in: JZ 53, S. 205 ff.
- Superlativwerbung als vergleichende Werbung, in: NJW 56, 1900 ff.
- Thon*: Der Normadressat, Eine Untersuchung zur allgemeinen Rechtslehre, in: Iherings Jahrbüchern, Bd. 50, S. 1 ff.
- Ulmer*: Sinnzusammenhänge im modernen Wettbewerbsrecht. Berlin 1932.
- Venohr*: Werbliche Psychologie. Berlin 1954.
- Weber, Max*: Gesammelte politische Schriften, München 1921.
- Weddigen*: Wirtschaftsethik. Berlin 1951.
- Welzel*: Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre. Karlsruhe 1953.
- Das deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung. 6. Aufl., Berlin 1958.
- Der Irrtum über die Amtspflicht, in: JZ 52, S. 208 ff.
- Der Irrtum über die Zuständigkeit einer Behörde, in: JZ 52, S. 133 ff.
- Die ethischen Grundlagen der sozialen Ordnung, in: SJZ 1947, Sp. 411 ff.
- Urteilsbesprechung in JZ 53, S. 119.
- Wertheimer*: Ein Beitrag zum Kampf um § 1 UWG, in: GRUR 28, S. 526 ff.
- Urteilsbesprechung in JW 26, S. 1980.

Wieacker: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Tübingen 1952.

— Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Karlsruhe 1953.

Wünsch: Evangelische Wirtschaftsethik, Tübingen 1927.

Würdinger: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 2. Aufl., Berlin 1953 ff.

Zitelmann: Irrtum über ein Rechtsgeschäft. Leipzig 1879.

Zur geistigen Orientierung der Werbeberufe in unserer Zeit. Vorträge der Bundestagung BDW Berchtesgaden 1956.

Lebenslauf

Der Verfasser wurde am 17. 2. 1933 als Sohn des damaligen Amtsgerichtsrats Werner Joetze in Bad Reichenhall geboren. Er verbrachte seine Kindheit in München, wo er die Volksschule besuchte. Vom 1. 9. 1943 bis Juli 1951 durchlief er das Humanistische Gymnasium Amberg, wo er im Juli 1951 das Reifezeugnis erwarb. Er besuchte dann in dem WS 51/52 und SS 52 die Universität München, im WS 52/53, SS 53 und WS 53/54 die Universität Freiburg/Breisgau und im SS 54 und WS 54/55 die Universität Erlangen zum Studium der Rechtswissenschaft, welches er mit der am 15. 8. 1955 beendeten ersten juristischen Staatsprüfung abschloß. Seitdem ist er Rechtsreferendar, und zwar vom 15. 9. 1955 bis 14. 9. 1956 beim Amtsgericht Schwandorf/Bayern, von wo er nach Erlangen übersiedelte, um den Vorbereitungsdienst bei den jeweils für diesen Ort zuständigen Behörden fortzusetzen. Am 10. November 1960 bestand er die zweite juristische Staatsprüfung.

